Die Uebereignung beim Versendungskauf.

Inaugural-Dissertation

der

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

Vorgelegt von

Richard Bungartz
aus Gelsenkirchen-Buer

Approbiert am 27. November 1930

Druck: Wilhelm Postberg, Bottrop.
1931

31:60

Referent:

Geh. Justizrat Univ.-Prof. Dr. Dr. Bernhard Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Verzeichnis.

A. Einleitung.

Seite

§ 1. Begriffsbestimmung des Versendungskaufs 1

§ 2. Versendungskauf und Fernkauf. Ueberleitung zum Thema 3

B. Hauptteil.

I. Die Uebereignung beweglicher Sachen im allgemeinen 4

§ 3. Uebergabe und Einigung 4

§ 4. Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten 8

II. Die Uebereignung beim Versendungskauf nach dem BGB 9

§ 5. Allgemeines über die Eigentumsübertragung beim Versendungskauf 9

§ 6. Absendung und „Uebergabe“ 10

§ 7. Besitzübertragung und Besitzerwerb durch Besitzdiener und Besitzmittler 11

§ 8. Zeitpunkt des Eigentumserwerbs beim Versendungskauf . . 15

III. Besondere Gestaltungen der Uebereignung nach dem HGB u. handelsrechtlichen Nebengesetzen 19

§ 9. Eigentumserwerb durch Begebung von Traditionspapieren (Konnossement, Ladeschein) 19

§ 10. Frachtbrief und Frachtbriefduplikat. Bedeutung der Uebergabe dieser Urkunden für die Eigentumsübertragung 21

§ 11. Eigentumserwerb bei Zustellung der Kaufgegenstände durch die Post 25

C. Anhang.

§ 12. Streitfälle des Versendungskaufs 27

Literatur-Verzeichnis.

Adler, Zur Lehre vom Uebergang der Ware vom Verkäufer an den Käufer in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 86, S. 273 ff.

Baltes, Der Distanzkauf im Handelsverkehr, Heidelberg 1911.

Bartels, In Gruchots Beitr. z. Erl. d. Deutschen Rechts, Bd. 42.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen in Jehrings Jahrb., Bd. 34, S. 1 ff.

Biermann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 5. Aufl. Berlin 1914.

Brand, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB, Berlin 1900.

Bruns-Eck-Mitteis, Das Pandektenrecht in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd., S. 291 ff., Berlin 1904.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB, Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch d. Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 4. Aufl., Jena 1904.

Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts, 10.—11. Aufl., Stuttgart 1923.

Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts, Stuttgart 1900.

Crome, Grundzüge des romanischen Rechts in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd., Berlin 1904.

Dernburg, Bürgerliches Recht, 2. und 3. Bd., 4. Aufl., Halle a. S. 1908.

Dernburg, Lehrb. d. Preuß. Privatrechts, 2. Bd., 5. Aufl., Halle a. S. 1897.

Deutsche Juristen Zeitung (D. J. Z.)

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 3. Bd., 2. Aufl., Mannheim 1913.

Ebbecke, Uebersendung und Uebereignung beim Kaufgeschäft in Recht 1919, S. 303 ff.

Ebeling, Beitrag zur Lehre vom Besitz beim Versendungskauf, Göttingen 1910.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB, 2. Bd., 1. u. 2. Aufl., Berlin 1904.

Endemann, Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 2. Bd., 8.—9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 1. Bd., 2. Abt. 23.—27. Aufl., Marburg 1927.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 2. Bd., 1. Abt., 20.—21. Aufl., Marburg 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R. G.).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R. O. H. G.)

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909.

Gierke v., Deutsches Privatrecht. 2. Bd., Leipzig 1905.

Gierke v., Deutsches Privatrecht, 3. Bd., Leipzig und München 1917.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzb., 2. Bd., Berlin 1912.

Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht.

Hanseatische Rechtszeitschrift, Jg. 1919.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Heymann, Ueberblick über das englische Privatrecht in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd., S. 795 ff.

Heymann, Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Sonderabdruck aus der Festgabe für Felix Dahn, 3. Teil, Breslau 1905.

Hinsberg, Eigentumsübergang beim Versendungskauf in L. Z. 1917, S. 116 ff.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1900.

Jacobi, Die Traditionspapiere in Ehrenbergs Handbuch d. Handelsrechts, 4. Bd., 1. Abt., S. 539 ff.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik d. Bürgerlichen Rechts.

Joerges, Zur Lehre vom Eigentumsübergang beim Versendungskauf in J. W. 1921, S. 329.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.

König, Der Eigentumserwerb beim Versendungskauf in der Hanseatischen Rechtszeitschrift 1919, Heft 3, S. 117 ff.

Kohler, Vertrag und Uebergabe im Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 18.

Kohler, Bürgerl. Recht in d. Enzyklopädie der Rechtswissensch., 1. Bd., S. 563 ff.

Kreß, Besitz und Recht, München und Leipzig 1909.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung nach dem Recht des BGB 1905.

Krückmann, in J. W. 1924, S. 676.

Laband, Das Staatsrecht d. Deutschen Reiches, 3. Bd., 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901.

Last, Fragen der Besitzlehre in Jherings Jahrb., Bd. 63, S. 71 ff.

Lehmann, Lehrb. d. Handelsrechts, 2. Aufl, Leipzig 1912.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 2. Bd., Berlin 1901.

Leipziger Zeitschrift f. Deutsches Recht (LZ).

Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort, Berlin 1907.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich und des Preuß. Allgem. Landrechts, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.

Loening, Internationales Uebereinkommen über den Frachtverkehr JÜG) vom 23. 10. 1924, Berlin 1927.

Loewenwarter, Lehrkomm. z. Bürgerl. Gesetzb., 3. u. 4. Bd., Berlin 1928.

Matthiass, Lehrb. d. Bürgerl. Rechtes, Berlin 1914.

Motive zu dem Entw. eines Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 2. Bd., Berlin-Leipzig 1888.

Müller, Besitz- und Eigentumserwerb bei versendeten Sachen nach geltendem Rechte, Berlin 1920.

Mugdan, Materialien z. BGB, 3. Bd., Berlin 1899.

Neumann, Handausgabe d. Bürgerl. Gesetzbuches, 1. Bd., 5. Aufl., Berlin 1909.

Neumann, Jahrb. d. Deutschen Rechts, 20. Jg.

Oertmann, Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Bd., 3.-4. Aufl., Berlin 1910.

Planck, Komm. z. Bürgerl. Gesetzbuch, 2. Bd., 4. Aufl, Berlin 1914.

Planck, Komm. z. Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Bd., 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.

Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter in Jherings Jahrb., Bd. 50, S. 323 ff.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. d. Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Bd., Berlin 1899; 4. Bd., Berlin 1897.
Recht Rundschau f. d. deutschen Juristenstand, hrsg. v. Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivil rechts (OLG).
Reichsgerichtsrätekommentar z. Bürgerl. Gesetzb., 2. u. 3. Bd. 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Rosenberg, Sachenrecht, München 1919.
Sarfert, Wann geht nach geltendem Recht beim Versendungsverkauf das Eigentum an den versendeten Sachen auf den Empfänger über? Leipzig 1909.
Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865.
Savigny, System d. heutigen römischen Rechts, 8. Bd., Berlin 1849.
Schneider, Rechtsbuch der Schweiz, 1. Bd., 2. Aufl., 1927.
Scholz, Die Aushändigung von Postsendungen und der Einfluß mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Empfängers im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 31, S. 84 ff.
Schröder, in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 51, S. 39 ff.
Seeburg, Besitz und Eigentum bei Versendung, Leipzig 1910.
Seufferts Archiv (Seuff. Arch.),
Siebert, Die besitzrechtliche Grundlage der dinglichen Wirkung der Traditionspapiere in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 93, S. 1 ff.
Siegel, Der Eigentumsübergang auf Grund eines Versendungskaufs, Leipzig 1914.
Soergel, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. u. 2. Bd., Stuttgart 1929.
Staub-Koenige, Komm. z. Handelsgesetzbuch, 3. Bd., 12.-13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.
Staub-Koenige, Komm. z. Handelsgesetzbuch, 4. Bd., 12.-13. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.
Staudinger, Komm. z. Bürgerl. Gesetzb., 2. Bd., München, Berlin, Leipzig 1928.
Staudinger, Komm. z. Bürgerl. Gesetzb., 3. Bd., München, Berlin, Leipzig 1926.
Strache, Geht bei einem nach dem Handelsrecht zu beurteilenden sog. Distanzgeschäft durch die Uebergabe der verkauften Sache an den Spediteur der Besitz auf den Käufer über: a) wenn der Fall sich im Geltungsbereich des gemeinen Rechts, b) wenn er sich im Geltungsbereich des Preuß. Allgem. Landrechts, c) wenn er sich unter der Herrschaft des BGB ereignet hat. Heidelberg 1908.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 1 ff.
Struve, Der Versendungskauf nach bürgerlichem Recht in bes. Berücksichtigung der Lehre vom Erfüllungsort und vom Gefahrübergang, Kiel 1908.
Veh, v., Ueberblick über das russische Privatrecht in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler, 1. Bd., S. 869 ff. 6, der Neubearbeitung 1. Aufl,, Leipzig-Berlin 1904.
Warneyer, Komm. z. Bürgerl. Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1. und 2. Bd., Tübingen 1930.
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Warn. Rechtspr.).
Wellenstein, Der Uebersendungskauf, Greifswald 1919.
Wendt, im Archiv f. Zivil.-Prax., Bd. 87, S. 41 ff.
Windscheid, Pandekten, 1. und 2. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Die Gegenstände des Handelsrechts in Ehrenbergs Handb. des Handelsrechts, 4. Bd., 1. Abt., Leipzig 1917.
Zimmermann, Wann geht das Eigentumsrecht einer von einem anderen Orte übersandten Ware auf den Käufer über? in Goldschmidts .eitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 19, S. 397 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0089

A. Einleitung.

§ 1.

Begriffsbestimmung des Versendungskaufs.

Bei Kaufgeschäften ist vielfach der gekaufte Gegenstand einem Verlangen des Käufers zufolge diesem oder einem von ihm bezeichneten Dritten an einem anderen Ort als der Niederlassung des Verkäufers abzuliefern. Regelmäßig bezweckt diese zum Kaufvertrag getroffene Nebenabrede nicht, daß dieser Ablieferungsort Erfüllungsort sein soll, vielmehr läßt sie meist auf Vereinbarung eines Versendungs- oder Distanzkaufs schließen.

Das erste Erfordernis des Versendungskaufs ist damit bereits angedeutet, daß der Bestimmungsort, d. h. der Ort, an dem der Kaufgegenstand abzuliefern ist, ein anderer ist als der Erfüllungs- oder Leistungsort, an dem die Leistungshandlung seitens des Verkäufers vorgenommen werden muß.

Ein weiteres den Versendungskauf kennzeichnendes Merkmal ist, daß der Verkäufer zwecks Erfüllung der ihm nach § 433, Absatz 1 BGB obliegenden Pflicht zur Uebergabe die Versendung der gekauften Ware an den Bestimmungsort übernommen hat. Zu deren Uebernahme ist der Verkäufer gesetzlich zwar nicht verpflichtet, indes ist ihm handelsgebräuchlich diese Pflicht in den meisten Fällen auferlegt.[1]) Ausdrücklich braucht diese Verpflichtung nicht eingegangen zu sein, vielfach wird sie sich aus den Umständen und der Verkehrssitte ergeben, so namentlich bei gewerbsmäßig betriebenen Verkäufen durch Kaufleute oder sonstige Gewerbetreibende, wenn der Käufer beim Vertragsschluß seinen Wohnsitz dem Verkäufer angegeben hat, oder wenn diesem sonst bekannt ist, daß der Besteller auswärts wohnt und dort die Zusendung erwartet.[2])

Die hier in Frage stehende Versendungspflicht des Verkäufers ist als Nebenleistung des Kaufvertrages zu betrachten. Die Uebersendung erfolgt also nicht in Erfüllung eines besonderen zum Kaufvertrag hinzutretenden Auftragsverhältnisses. So sagt das Reichsoberhandelsgericht[3]): „Bei der Uebersendung ist der Verkäufer nicht als Beauftragter oder Geschäftsführer tätig. In keinem Fall tritt in Ansehung der Transportbeförderung zu dem ursprünglichen Vertrage noch eine besondere aus einem Mandate oder einer auftraglosen Geschäftsführung abzuleitende Verpflichtung hinzu; es beruht vielmehr diese Verpflichtung des Verkäu-

---

[1]) Seuff. Arch., Bd. 76, Nr. 10.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, 2. Abt., § 172, II, 2.

[3]) R. O. H. G. 19, 245.

fers entweder auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Nebenabrede beim Kaufvertrag."[1])

Die Versendung bezweckt hier die dem Verkäufer nach § 433, Abs. 1 BGB obliegende Uebergabe des Kaufgegenstandes und ist wie diese auf die wirkliche Verschaffung des Besitzes gerichtet. „Durch Ueberwindung einer größeren Ortsentfernung" hat bei dem Distanzkauf der Verkäufer diesen Erfolg zu bewirken.[2])

Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß ein Versendungskauf dann nicht vorliegt, wenn bereits vor der Versendung eine Uebergabe des Kaufgegenstandes an den Käufer erfolgt ist. Denn nunmehr vermag der Käufer schon vor der Absendung über die Ware tatsächlich zu verfügen und sie auf ihre Beschaffenheit hin zu prüfen.[3]) Die später seitens des Verkäufers bewirkte Versendung geschieht in diesem Falle meist auf Grund eines besonderen Mandates.

Ebenso ist die Existenz eines Distanzkaufes zu verneinen, wenn bereits vor der Versendung der Käufer duch constitutum possessorium (§ 930) das Eigentum an dem Kaufgegegenstand erworben hat. Wir denken an folgenden Fall: Der Käufer vereinbart beim Kaufabschluß mit dem Verkäufer die Lagerung der Ware bei diesem für eine gewisse Zeit, die Zusendung soll später an einem vereinbarten Termin oder auf Aufforderung des Käufers hin erfolgen. Hier sind die Parteien zuerst einen Verwahrungsvertrag im Sinne von § 688 BGB eingegangen, der den Anforderungen der §§ 930, 868 BGB entspricht, d. h. dem Käufer den mittelbaren Besitz verschafft, den Verkäufer zur zeitweisen Inbesitzhaltung der Kaufsache berechtigt und, da Einigung unter den Parteien vorhanden ist, das Eigentum an dem Kaufgegenstand übergehen läßt. Der Verkäufer ist jetzt dem Käufer gegenüber an die Stelle eines Verwahrers getreten; die Ware befindet sich von diesem Zeitpunkt an für den Käufer in derselben Lage, wie wenn sie mit seinem Einverständnis einer dritten Person zur Aufbewahrung übergeben und von dieser zu seiner Verfügung gehalten worden wäre.[4]) Alsdann liegt ein Platzgeschäft vor. Die Uebergabe ist ersetzt durch das constitutum possessorium; die später zu erfolgende Versendung beruht dann nicht mehr auf einer Nebenpflicht des Verkäufers aus dem Kaufvertrage.

Häufig wird es indes zweifelhaft sein, ob die Versendung der Ware zufolge einer Nebenleistung des Verkäufers aus dem Kaufvertrage oder auf Grund besonderen Vertrags erfolgt. Im einzelnen wird hierauf noch im Anhang dieser Abhandlung eingegangen.

Nach dem Gesagten ist der Versendungskauf also aufzufassen als ein gewöhnlicher Kauf mit der Besonderheit, daß der Verkäufer als Nebenleistung die Versendung vom Erfüllungsort nach dem Bestimmungsort übernimmt.[5]) Es spielt hierbei keine Rolle, ob

---

[1]) So auch O. L. G. 13, 407; Oertmann, 2. Bd. zu § 447 BGB; Leonhard, Erfüllungsort S. 35; Gierke, Deutsches Privatrecht 3. Bd., S. 449.

[2]) Leonhard, Erfüllungsort, S. 34.

[3]) R. G. 33, 25.

[4]) R. G. 33, 25.

[5]) Die Beförderung muß durch Mittelspersonen erfolgen, darf nicht durch den Verkäufer selbst ausgeführt werden (RGRK Anm. 2b zu § 447 BGB).

der Kaufvertrag unter Abwesenden geschlossen ist oder ob die Kontrahenten beim Vertragsschluß persönlich zugegen waren und die Abrede getroffen haben, die Ware soll dem Käufer zugesandt werden.[1])

§ 2.

Versendungskauf und Fernkauf.

Ueberleitung zum Thema.

Vom Versendungskauf wohl zu unterscheiden ist der sog. Fernkauf[2]) oder auch qualifizierter Versendungskauf genannt.[3]) Bei diesem wird die Erfüllung an dem Bestimmungsort bedungen, Erfüllungs- und Bestimmungsort sind mithin, anders als beim gewöhnlichen Versendungskauf, identisch.[4])

Ob ein gewöhnlicher oder qualifizierter Versendungskauf vorliegt, wird oft nicht leicht zu entscheiden sein. „Die Ausdrücke, daß an einem bestimmten Orte geleistet oder geliefert werden solle, lassen meist auf einen Fernkauf schließen, während die Abrede, daß die Sache „übersandt" oder „zugeschickt" werden solle, eher auf einen Versendungskauf zu deuten ist. Entscheidend ist, ob durch die Ortsangabe der Inhalt der Leistung bestimmt werden sollte oder ob die Parteien die Versendungspflicht nur als eine der Erfüllungspflicht hinzutretende Nebenverpflichtung betrachteten." [5]) Vor allem darf nicht allein aus dem Umstande, daß der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen hat, auf das Vorliegen eines Fernkaufs geschlossen werden. (§ 269, Abs. 3 BGB.)

Die hier zu behandelnde Frage der Uebereignung beim Versendungskauf hat im geltenden Recht eine ausdrückliche Regelung nicht erfahren.[6]) Keineswegs enthält § 447 BGB eine derartige Bestimmung. Genannte Gesetzesvorschrift betrifft ausschließlich den Gefahrübergang beim Versendungskauf.[7]) „Gefahrübergang und Eigentumsübertragung haben miteinander nichts zu tun."[8]) Maßgebend für die Uebereignung beim Versendungskauf ist, wie für jeden rechtsgeschäftlichen Fahrniserwerb, die Bestimmung des § 929 BGB über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Zweckmäßigerweise wird deswegen zunächst von der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen im allgemeinen die Rede sein, daran anschließend die Uebereignung speziell beim Distanzkauf zu behandeln sein.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, 2. Bd., § 58, I 1.

[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht. 2. Bd., § 172 II 1.

[3]) Enneccerus, 1. Bd., 2. Abt., § 326, Fußn. 10.

[4]) „Recht" 1923, Nr. 1142.

[5]) Enneccerus, a. a. O.

[6]) Eine spezielle Bestimmung über den Eigentumserwerb beim Versendungskauf hatte das Preußische ALR I, 11, § 128 getroffen: „Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden ist." Vgl. hierzu die Entsch. d. RG. Bd. 1, 283; Bd. 2, S. 3.

[7]) Vgl. Staudinger, 2. Bd. zu § 447 BGB, Ziff. 7; Planck, 2. Bd. zu § 447 BGB; Oertmann zu § 447 BGB; RGRK 2. Bd. zu § 447 BGB;

[8]) R. G. 96, 331; Eck, Vorträge usw. S. 112; König, in der Hanseatischen Rechtszeitschr. 1919, Nr. 3.

B. Hauptteil.

I. Die Uebereignung beweglicher Sachen im allgemeinen.

§ 3.

Uebergabe und Einigung.

Uebergabe der Sache und Einigung unter den Parteien über den Eigentumsübergang sind nach § 929, Satz 1 BGB die gesetzlichen Erfordernisse einer rechtswirksamen Uebereignung beweglicher Sachen. § 929, Satz 1 BGB lautet:

„Zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll."

Das BGB läßt also zur Uebereignung beweglicher Sachen einen schlichten, formlosen Vertrag, die Einigung, allein nicht genügen, wie auch die Uebergabe ohne Einigung eine dingliche Rechtsänderung nicht herbeiführt.[1]) Unser geltendes Recht hat das Traditionsprinzip des römischen und gemeinen Rechts übernommen (traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur)[2]), das allerdings nicht streng durchgeführt ist,[3]) da unser heutiges Recht Surrogate der Uebergabe kennt, d. h. die Uebergabe für ersetzbar erklärt. Darauf wird noch näher einzugehen sein. Gehen wir von dem Regelfall aus, daß zur Uebereignung beweglicher Sachen außer der Einigung die

Uebergabe

der Sache erforderlich ist.

Was ist unter der Uebergabe zu verstehen? Die Antwort auf diese Frage gibt uns das Gesetz in § 929, Satz 2 BGB, indem es sagt: „Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigentums." Damit bringt das Gesetz indirekt zum Ausdruck, daß die Uebergabe der Sache Besitz-

---

[1]) Das englische und französische Recht sind von dem Traditionsprinzip abgewichen; die Uebereignung beweglicher Sachen knüpft sich hier an die schlichte Einigung (s. Heymann in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 823, 1. Bd.; Crome, ebendaselbst S. 856). Das russische Recht hingegen fordert zum Erwerb von Fahrniseigentum Einigung und Uebergabe der Sache (s. v. Veh in Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft Bd. 1, S. 874), ebenso das schweizerische Recht (Art. 714: „Zur Uebertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Uebergangs des Besitzes auf den Erwerber").

[2]) 1. 20 C. de pactis 2, 3.

[3]) Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd., S. 611 behauptet sogar, daß das BGB in der Tat und Wirklichkeit das System des Eigentumserwerbs durch bloßen Vertrag angenommen hat.

übergabe bedeutet.[1]) Uebergabe ist somit die Verschaffung der tatsächlichen Gewalt über die Sache im Sinne des § 854 BGB.

Eine Definition des Begriffs der tatsächlichen Gewalt gibt indes das Gesetz nicht. Savigny[2]) verlangt zum Besitzerwerb die physische Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Einwirkung auf sie auszuschließen. Diese Auffassung ist aber für unser heutiges Recht nicht mehr maßgebend, da ein Besitzerwerb auch möglich ist, wenn nicht die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf die Sache besteht. So sagt u. a. Planck[3]): „Tatsächliche Gewalt ist nicht gleich physischer Gewalt, körperlicher Herrschaft über die Sache mit der Möglichkeit, die Einwirkungen anderer auf die Sache abzuwehren. Tatsächliche Gewalt ist die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über eine Sache." Ob jemand also die tatsächliche Gewalt erlangt hat, ist somit von Fall zu Fall zu entscheiden, wobei nicht die subjektive Meinung der Beteiligten, sondern die Anschauung des Verkehrs ausschlaggebend ist.[4])

Zur Erlangung des Besitzes ist jedoch eine äußere Raumbeziehung der Person zur Sache erforderlich, die meist dann gegeben ist, wenn die Sache erkennbar der tatsächlichen Herrschaft einer Person unterstellt ist.[5]) „Man besitzt eine Sache, wenn man in eine solche Beziehung zur Sache tritt, daß die Menschheit die Zusammengehörigkeit von Person und Sache respektiert, so daß ein Auseinanderreißen dieser Zusammengehörigkeit von seiten eines Dritten als ein Bruch der allgemeinen Friedensordnung erscheint".[6])

Eine Besitzergreifungshandlung wird hierbei oft nicht einmal gefordert. So kann jemand ohne sein Wissen den Besitz an einer Sache erwerben, wenn sie ihm räumlich so zugänglich gemacht worden ist, daß er auf sie beliebig einzuwirken und über sie beliebig tatsächlich zu verfügen vermag. Es werden z. B. jemandem Postsendungen in seiner Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt. Notwendig ist allerdings, daß die äußere Raumbeziehung nicht nur vorübergehend ist, „es handelt sich beim Besitz nicht um etwas Augenblickliches, vielmehr um einen befestigten dauernden Zustand".[7])

Nach dem Gesagten ist also eine Sache zwecks Eigentumsübertragung „übergeben", wenn der Veräußerer die tatsächliche Gewalt über die Sache verloren und der Erwerber mit Zustimmung des letzteren sie erlangt hat.[8]) Ein Besitzwille auf Seiten des Erwerbers, d. h. der Wille, die Sache für sich zu erwerben, den das

---

[1]) Vgl. Mugdan, Materialien z. BGB, 3. Bd., S. 185.

[2]) Savigny, Recht des Besitzes, § 14.

[3]) Planck, 3. Bd. zu § 854, 2.

[4]) So auch Eck, Vorträge S. 3, Anm. 3. Rosenberg, Sachenrecht, § 854, I,1.

[5]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 3. Bd., § 11,1. RGRK 3. Bd., zu § 854, 3: „Die Besitzergreifung selbst muß stets in einem äußerlichen erkennbaren Vorgang bestehen, wie der Besitz selbst erkennbar sein muß, und wie denn überhaupt die Erkennbarkeit das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse ist".

[6]) Kohler, In der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd. S. 600.

[7]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 3. Bd., § 11,1. Vgl. auch RG. 75, 223.

[8]) Staudinger-Kober, § 929 III, 1a. Planck, 3. Bd., § 929,2.

römische Recht als Erfordernis des Besitzerwerbs aufstellte (Et adipiscimur possessionem animo et corpore, neque per se animo aut per se corpore),[1]) wird hierbei vom Gesetz nicht gefordert,[2]) obwohl er in den meisten Fällen des Besitzerwerbs vorhanden ist. Bei der Beratung über das BGB hat man absichtlich davon Abstand genommen, eine Bestimmung über den Besitzwillen zu treffen, weil es eben zahlreiche Fälle gibt, in denen jemandem ohne einen darauf gerichteten Besitzwillen eine für ihn bestimmte Sache räumlich so zugänglich gemacht ist, daß er die Verfügungsmacht über sie erlangt hat (so z. b. in dem bereits angeführten Fall, wenn die für jemanden bestimmte Sache in seiner Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegt wird). Jenem aber den Besitzschutz aus dem Grunde zu versagen, weil er nicht den animus possidendi hatte, sei, wie die Protokolle[3]) bemerken, mit dem Grundgedanken des Besitzschutzes, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Ordnung der Verhältnisse der Person zu den Sachen zu bewahren, unvereinbar. Ferner sei auch die aus dem Willenserfordernis sich ergebende Unfähigkeit rechtlich willensunfähiger Personen zum Besitzerwerb nicht unbedenklich.

So kann also auch jemand, ebenso wie den Besitz, Eigentum an einer Sache erwerben, die ohne sein Wissen in seinen Herrschaftsbereich gelangt ist, vorausgesetzt, daß eine Einigung der Beteiligten über den Eigentumsübergang der Erlangung der tatsächlichen Gewalt vorausgegangen ist.

Das Erfordernis der „Uebergabe" der Sache hält das Gesetz aber in gewissen Fällen für entbehrlich. Nach § 929, Satz 2 BGB genügt zur Uebereignung einer beweglichen Sache lediglich die Einigung, wenn der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist (brevi manu traditio).

Als weiteres Surrogat der Uebergabe nennt das Gesetz in § 930 BGB das constitutum possessorium; durch Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz der Sache erlangt, der Veräußerer hingegen unmittelbarer Besitzer bleibt, kann hier der Eigentumsübergang bewirkt werden. Voraussetzung der Uebereignung durch Besitzconstitut ist jedoch, daß der Veräußerer im Zeitpunkt der Veräußerung Besitzer ist.

Schließlich kann eine Sache auch ohne Uebergabeakt durch Abtretung des Herausgabeanspruchs[4]) zu Eigentum übertragen werden, falls sie sich im Besitze eines Dritten befindet. (§ 931 BGB Vindikationszession.) In all diesen Fällen ist aber eine

Einigung

des Veräußerers und Erwerbers über den Eigentumsübergang unentbehrlich.

---

[1]) 1. 3, 1 Dig. de adquir. vel. amitt. poss. 41,2.

[2]) Prot. Bd. III, S. 30.

[3]) Prot. III. Bd., S. 31.

[4]) Abgetreten wird der Anspruch aus dem Eigentum, der obligatorische Anspruch auf Herausgabe gegen den Besitzmittler gilt regelmäßig mit als abgetreten (RGRK. 3, Bd., § 931, Ziff. 5; Biermann, § 931, Ic; Buhl, a. a. O., S. 59; a. M. Warneyer, Komm., § 931 II; Last in Iherings Jahrb., Bd. 63, 77.)

Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Einigung mit der herrschenden Meinung[1]) als ein Vertrag aufzufassen und nicht stellt die Uebereignung als solche (Uebergabe plus Einigung), wie Wolff[2]) behauptet, einen Vertrag dar. Vertragsnatur kann der Einigung deswegen beigelegt werden, weil sich bei ihr, wie bei jedem anderen Vertrage, die Willenserklärungen der beiden Parteien auf Bewirkung eines rechtlichen Erfolges, die Uebertragung des Eigentums von dem bisherigen Eigentümer auf den Erwerber, vereinigen.

Die Einigung ist ein sog. dinglicher Vertrag, da sie unmittelbar auf eine Rechtsänderung gerichtet ist, sei es, daß es gilt, ein dingliches Recht zu begründen oder ein begründetes Recht zu ändern, belasten, übertragen oder aufheben zu wollen.[3]) In dieser Hinsicht weicht die Einigung von den obligatorischen Verträgen ab, daß sie keine schuldrechtliche Verpflichtung für die Beteiligten erzeugt, vielmehr eine Verfügung ist.

Begrifflich streng zu scheiden ist die Einigung von dem der Uebereignung zugrundeliegenden Kausalgeschäft, z. B. Kauf, Schenkung. Sie ist „losgelöst von dem Rechtsgrund, in dem sie ihre Veranlassung findet, und ihre rechtliche Wirkung ist an sich unabhängig von der Wirksamkeit des Rechtsgrundes".[4]) Mag also auch das Kausalgeschäft aus irgend einem Grunde nichtig sein, so ist doch bei Vorhandensein einer gültigen Einigung die Uebereignung rechtswirksam erfolgt, falls eine Sache zwecks Eigentumsübertragung übergeben ist oder an die Stelle der Uebergabe eins der erwähnten Surrogate getreten ist.[5]) Der Veräußerer ist jedoch in der Lage, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 ff. BGB) von dem Erwerber die Herausgabe der Sache zu verlangen.

Notwendig abstrakt braucht jedoch die Uebereignung nicht zu sein.[6]) Die Parteien haben es vielmehr jeweils in der Hand, die Gültigkeit der Uebereignung von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts abhängig zu machen. Außerdem läßt das Gesetz im Gegensatz zu der Auflassung (§ 925 BGB), der formalisierten Einigung[7]) bei der Eigentumsübertragung von Immobilien, im Mobilienverkehr eine Einigung unter einer Bedingung zu. Bei der aufschiebend bedingten Einigung tritt der Eigentumswechsel

---

[1]) RGRK 3. Bd., § 873 BGB, Ziff. 7; Kriegsmann, a. a. O., S. 65; Staudinger-Kober, § 873, B. 2a; Planck, 3. Bd., § 929, 3a.

[2]) Wolff, Enneccerus, 2. Bd., 1. Abt., § 66, II.

[3]) Vgl. RG 68, 99.

[4]) RG 68, 99.

[5]) S. u. a. RG 52, 114: „Das jetzige Recht hat die Entstehung des dinglichen Rechts von dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft dadurch losgelöst, daß es auf die Einigung des Berechtigten und des andern Teils über den Eintritt der Rechtsänderung, wofern zu ihr die Uebergabe tritt, das entscheidende Gewicht gelegt, mag diese Einigung mit dem Kausalgeschäft übereinstimmen oder nicht." Vgl. ferner RG 109, 202.

[6]) Bruck, a. a. O., S. 24 ff. Planck, 3. Bd., § 929, 3b. Biermann, § 929, 2b. Dernburg, Sachenrecht, § 100, I, 2. Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., S. 547.

[7]) Die Einigung beim Fahrniserwerb dagegen ist formlos. Die Willensübereinstimmung der Beteiligten über den Eigentumsübergang braucht nicht einmal ausdrücklich erklärt zu werden; sie kann vielmehr auch aus konkludenten Handlungen gefolgert werden. (Prot. Bd. 3, S. 196, Biermann, Sachenrecht § 929, 2b, Staudinger-Kober, Sachenrecht, 929, IV 1.)

trotz der Uebergabe der Sache an den Erwerber erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. (§ 158, Abs. 1 BGB.) Bei Ausfall der Bedingung verbleibt andererseits das Eigentum dem Veräußerer, der es mit der rei vindicatio des § 985 BGB zurückverlangen kann.

Die Einigung kann auch unter einer auflösenden Bedingung erfolgen. In diesem Falle wird mit der Besitzübergabe der Erwerber Eigentümer der Sache. Mit dem Eintritt der Resolutivbedingung fällt indes das Eigentum an den Veräußerer zurück, ohne daß es einer Rückübereignung bedarf. Der Eintritt der Bedingung äußert hier dingliche Wirkung; der frühere Rechtszustand tritt ipso iure wieder ein (§ 158, Abs. 2 BGB).

Der am meisten im täglichen Leben vorkommende Fall der bedingten Einigung ist der des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt (pactum reservati dominii). Der Verkäufer übergibt zwar die zu veräußernde Sache dem Käufer, behält sich aber bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum an ihr vor. Die Uebertragung des Eigentums erfolgt bei diesem Kauf im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises (§ 455 BGB).

§ 4.

Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten.

Außer den bisher erörterten Erfordernissen eines rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs ist grundsätzlich weitere Voraussetzung, daß der Veräußerer zur Uebertragung des Eigentums legitimiert ist. Allerdings hat man aus der Erwägung heraus, daß der Besitzer einer beweglichen Sache im Verkehr als Eigentümer anzusehen ist (zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache ist, § 1006), in unser geltendes Recht die Bestimmung aufgenommen, daß der gutgläubige Erwerber, der ohne grobe Fahrlässigkeit an das mangelnde Eigentum des Veräußerers glaubt, auch von einem Nichteigentümer rechtswirksam Eigentum erwerben kann, vorausgesetzt, daß die in § 3 behandelten Erfordernisse des Eigentumserwerbs vorliegen (§ 932 BGB).[1]) Geschützt wird aber nicht der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis. Eine Ausnahme hiervon ist im § 366 HGB statuiert: Veräußert ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zugunsten derjenigen, welche Rechte von

---

[1]) Dem römischen Recht war ein derartiger Eigentumserwerb von einem Nichteigentümer unbekannt. Es galt hier der bekannte Satz: Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. Der Eigentümer vermochte daher jederzeit seine Sache zu vindizieren, wo er sie auch antraf (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Den Rechtssatz des Eigentumserwerbs von einem Nichteigentümer hat das BGB aus dem deutschen Recht übernommen. Bei freiwilliger Hingabe der Gewere war dem Eigentümer die „Fahrnisklage aus ungerechtfertigtem Verlust der Gewere" nicht gegeben. Wenn daher jemandem seine Sache mit seinem Willen aus der Gewere gekommen war, sei es, daß er sie verpfändete, vermietete oder in Verwahrung gab, konnte er sich nur an den halten, dem er die Sache gab „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen". „Hand wahre Hand" (Sachsenspiegel 1. R. II, Art. 60, § 1).

einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft. Es genügt also in diesem Falle der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung und es wird der Erwerber selbst dann Eigentümer der Sache, wenn er das mangelnde Eigentum des Veräußerers kennt.

Die Bestimmung des § 935 BGB erklärt indes einen Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten trotz Gutgläubigkeit des Erwerbers für ausgeschlossen, falls die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.[1]) Ausgenommen sind Geld, Inhaberpapiere und öffentlich versteigerte Sachen, an denen, selbst wenn sie gestohlen usw. sind, bei Gutgläubigkeit des Erwerbers Eigentum erworben werden kann.

Wir haben nunmehr die tatsächlichen Erfordernisse der Uebereignung beweglicher Sachen, die bekanntlich auch für die Eigentumsübertragung beim Distanzkauf von Bedeutung sind, behandelt. Wann bei einem „Handkauf", bei dem Verkäufer und Käufer sich gegenüberstehen und die Ware vom Verkäufer dem Käufer unmittelbar übergeben wird, das Eigentum auf letzteren übergeht, ist unzweifelhaft. Schwierigkeiten wird es aber oft begegnen, den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beim Versendungskauf festzustellen, wo Verkäufer und Käufer räumlich voneinander entfernt sind. Darüber soll im folgenden die Rede sein.

II. Die Uebereignung beim Versendungskauf nach dem BGB.

§ 5.

Allgemeines über die Eigentumsübertragung beim Versendungskauf.

Die in den §§ 3 und 4 entwickelten allgemeinen Grundsätze der §§ 929 ff. BGB über den Erwerb von Fahrniseigentum finden auf die Uebereignung beim Distanzkauf mit Ausnahme der Fälle der §§ 929, Satz 2 und 930 BGB Anwendung. Eine brevi manu traditio sowie ein constitutum possessorium ist beim Versendungskauf undenkbar, da im ersten Falle der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist, im zweiten Falle dagegen dem Veräußerer die tatsächliche Herrschaft über die Sache verbleibt, während die Versendung begrifflich ein „Fortbewegen, Entfernen der Ware von ihrem Standort an einen anderen Ort"[2]) erfordert. — So einleuchtend und selbstverständlich das auch erscheinen mag, so wird dennoch von Struve[3]) die Ansicht vertreten, daß für die Eigentumsverschaffung gerade beim Versendungskauf die Uebertragungsform des § 929, Satz 1 BGB (Uebergabe und Einigung) ausgeschlossen ist und in den meisten Fällen § 929, Satz 2 BGB (brevi manu traditio) seine Anwendung findet. Struve argumentiert ungefähr folgendermaßen: Beim Versendungskauf ist der Erfüllungsort dort, wo die auf den Erfüllungserfolg, die Eigentumsverschaf-

---

[1]) „Abhandengekommen" sind Sachen dann, wenn der unmittelbare Besitzer ohne oder gegen seinen Willen den Besitz daran verloren hat. (RG 101, 224, s. a. Enneccerus 2. Bd., 1. Abt., S. 201).

[2]) Oertmann, a. a. O., zu § 447 BGB.

[3]) Struve, a. a. O., S. 33 ff.

fung abzielende Erfüllungshandlung vorgenommen wird, d. i. der Wohnsitz bezw. die Niederlassung des Verkäufers oder der Standort der Ware. Die Erfüllungshandlung jener Uebertragungsform, die mit dem animus dominii transferendi bewirkte Uebergabe vollzieht sich aber erst an dem Orte, der nach § 447 BGB als „anderer Ort als der Erfüllungsort" (Bestimmungsort) bezeichnet ist.[1]) Da nun von dem Erfüllungsort auf die Erfüllungshandlung zu schließen ist und diese sich jenem anpassen muß, so kommt nur eine Uebertragungsform in Betracht, bei der die Uebergabe ausgeschaltet ist, regelmäßig wohl § 929, Satz 2 BGB. „Erfüllungshandlung (in complexu) des Versendungsverkäufers ist dann Absendung plus Einigungsantrag, d. h. die mit dem Uebereignungswillen geschehene Absendung, der Erfüllungserfolg der Besitzerwerb durch die Empfangnahme der Sendung und der Eigentumserwerb durch gleichzeitige oder spätere ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des Einigungsantrags".

Der hier entwickelten Auffassung Struves vermögen wir uns nicht anzuschließen. Die Konstruktion erscheint zu gekünstelt, als daß man ihr rechtliche Bedeutung beimessen könnte. Sie ist auch unkorrekt, da gesagt wird, der Eigentumserwerb sei möglich durch gleichzeitige Annahme des Einigungsantrages — als solcher ist die mit dem Uebereignungswillen erfolgte Besitzverschaffung aufzufassen —, während bei dem Eigentumserwerb nach § 929, Satz 2 BGB der Besitzerwerb der Einigung vorausgehen muß („ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung unter den Parteien"). Demnach werden in der vorliegenden Abhandlung als mögliche Uebertragungsformen des Eigentums beim Distanzkauf nur die Tradition des § 929, Satz 1 BGB sowie die Vindikationszession des § 931 BGB berücksichtigt.

§ 6.

Absendung und „Uebergabe".

Bei der gemäß § 929, Satz 1 BGB durch Tradition zu erfolgenden Uebereignung wird zunächst zu der Frage Stellung zu nehmen sein, ob in der Absendung, in der Aushändigung der Ware an die Transportperson, bereits eine Erfüllung des Kaufvertrages zu erblicken ist.

Dieser Ansicht ist Savigny.[2]) Er sieht in der Absendung den „wahren Inhalt der Obligation", der dem Verkäufer nach § 433, Absatz 1 BGB obliegenden Uebergabe- und Eigentumsverschaffungspflicht; die Empfangnahme der Ware durch den Käufer sei nur eine spätere Folge der vollendeten Erfüllung. In demselben Sinne äußert sich Windscheid[3]), mit der Uebergabe an die vom Käufer bezeichnete oder vom Verkäufer ausgewählte Mittelsperson sei die Leistung des Verkäufers vollständig beschafft. Auch in älteren Rechtsprechungen[4]) hat der Satz, die Absendung bedeute Erfüllung des Kaufvertrages, Anerkennung gefunden.

Diesen Satz auch für unser geltendes Recht aufzustellen, wäre unvereinbar mit den Motiven[5]), die ausdrücklich hervorheben,

---

[1]) S. hierüber § 6 und 7 dieser Abhandlung.

[2]) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, S. 225.

[3]) Windscheid, Pand. 2. Bd., § 389, Anm. 16.

[4]) Seuff. Arch. Bd. 47, Nr. 282: ‚Dieser (der Verkäufer) erfüllt regelmäßig seine Verbindlichkeit durch Absendung der Ware". Ebenso Seuff. Arch. Bd. 25, Nr. 53.

[5]) Motive, 2. Bd., S. 328, vgl. ferner RG 111, 294.

daß der Verkäufer mit der Absendung der Ware seiner Traditionspflicht noch nicht genügt hat; in dem Zeitpunkt der Absendung beginnt nur die Tradition.[1]) Der Käufer erlangt auch in der Tat grundsätzlich noch nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache, es sei denn, daß die Mittelspersonen ausnahmsweise als dessen Vertreter beim Besitzerwerb auftreten. Auf diesen Sonderfall werden wir noch zurückkommen. — Daß die Auffassung von Savigny und Windscheid für unser heutiges Recht nicht mehr maßgebend ist, beweist auch vollends ein Vergleich der §§ 446 u. 447 BGB miteinander. Wenn der Gesetzgeber im § 446 bestimmt, mit der Uebergabe der verkauften Sache gehe die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über und im § 447 für den Versendungskauf die Sonderregelung getroffen hat, mit der Auslieferung des Kaufgegenstandes an die Beförderungspersonen vollziehe sich schon der Gefahrübergang, so ist damit eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Absendung noch keine Uebergabe ist, die, wie wir sahen, nach § 929, Satz 1 BGB außer der Einigung unter den Parteien zur Uebereignung erforderlich ist. Denn würde im Zeitpunkt der Aushändigung der Ware an die Transportperson eine Tradition an den Käufer stattfinden, so hätte es, wie Staudinger[2]) treffend sagt, der Sonderbestimmung des § 447 BGB gar nicht bedurft.

Die Frage des Eigentumsübergangs beim Distanzkauf ist vielmehr zu entscheiden nach der rechtlichen Stellung der Mittelspersonen, deren sich der Verkäufer bedienen muß, um dem Käufer den Besitz der Sache zu verschaffen.[3]) Daher ist vor allem für den Zeitpunkt des Besitz- bezw. Eigentumserwerbs des Käufers von Bedeutung, ob die Beförderungspersonen für den Verkäufer oder Käufer in Tätigkeit treten.[4])

Als Mittelsperson bei der Besitz- bezw. Eigentumsübertragung kommen in Betracht entweder die „Besitzdiener“[5]) im Sinne von § 855 BGB oder die „Besitzmittler“ des § 868 BGB.

§ 7.

Besitzübertragung und Besitzerwerb durch Besitzdiener und Besitzmittler.

Zunächst erscheint es unumgänglich, in kurzen Zügen das Wesen der Besitzdienerschaft zu bestimmen. Der Begriffsbestimmung ist der § 855 BGB zugrunde zu legen.

---

[1]) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz weist § 7 des Bankdepotgesetzes von 1896 beim Kommissionshandel auf. Nach dieser Bestimmung geht mit der durch den Kommissionär bewirkten Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über.

[2]) Staudinger, 2. Bd., 1. Teil, § 447, Ziff. 7.

[3]) Die Motive, 3. Bd., S. 93 lassen eine Besitzeinräumung durch Stellvertreter zu.

[4]) Vgl. Mugdan, Materialien z. BGB, 3. Bd., S. 51.

[5]) Dieser von Bekker (Jherings Jahrb., Bd. 34, S. 42) geprägte Ausdruck ist der am meisten verbreitetste. Nur Dernburg, Sachenrecht, § 14 nennt die in § 855 BGB bezeichneten Personen „Besitzgehilfen“ und Endemann (Lehrb. des Bürgerl. Rechts, 2. Bd., § 33) spricht von „Besitzhaltern“.

„Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Charakteristisch für das Vorliegen einer derartigen Besitzdienerschaft ist in erster Linie ein „soziales Abhängigkeitsverhältnis",[1]) das nicht notwendigerweise ein dauerndes zu sein braucht.[2]) Selbst die Nichtigkeit des das Abhängigkeitsverhältnis bedingenden Vertrages berührt das Fortbestehen der Besitzdienerschaft nicht, sofern nur tatsächlich ein Ueber- und Unterordnungsverhältnis besteht.[3]) Auf Grund dieses Abhängigkeitsverhältnisses übt der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über seine in dem Gewahrsam des Besitzdieners befindlichen Sachen durch letzteren aus, so daß dieser, da ihm keinerlei Besitz zugesprochen wird,[4]) nur als ein „Werkzeug" in der Hand jenes erscheint.[5])

Auf den Willen des Besitzdieners, für einen anderen zu besitzen, kommt es nicht an. Die Worte, „die tatsächliche Gewalt ausüben für einen anderen" haben nicht, wie Last[6]), Bruns[7]) und Wendt[8]) sie interpretieren, den Sinn des römisch-rechtlichen alieno nomine possidere, sie bedeuten vielmehr, da im heutigen Recht das Willensmoment beim Besitz ausgeschaltet ist, das Ausüben der einem andern zustehenden Gewalt. Entscheidend für die Annahme einer Besitzdienerschaft ist allein das objektive Moment, das Vorhandensein eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, d. h. jeder, der auf Grund dieses Abhängigkeitsverhältnisses die tatsächliche Gewalt über Sachen eines andern ausübt, ist Besitzdiener.[9]) Voraussetzung ist allerdings, daß letzterer innerhalb des Rahmens seines Unterordnungsverhältnisses handelt. So wird er z. B. selbst Besitzer, wenn er die Sachen seines Herrn sich aneignet, sie veräußert usw.; doch stempelt der Wille allein, die Sachen für sich besitzen zu wollen, den Besitzdiener noch nicht zum Besitzer.

Aus diesen Erörterungen ergibt sich für den Versendungskauf bei Ausführung des Transports durch Besitzdiener des Verkäufers das praktische Ergebnis, daß dieser — der Besitzdiener ist nur sein „verlängerter Arm" — während des Transports alleiniger,

---

[1]) RGRK 3. Bd., § 855,5. Bruns, a. a. O., S. 148, Rosenberg, Sachenrecht § 855, II,2, s. ferner Enneccerus-Wolff, Sachenrecht, § 6, III.

[2]) J. W. 08, 527.

[3]) Bruns, a. a. O., S. 149; Rosenberg, § 855, II, 2; Last, in Jherings Jahrb. Bd. 63, S. 130.

[4]) Der Besitzdiener hat bloß den Gewahrsam, unmittelbarer und alleiniger Besitzer ist der Besitzherr. Die Auffassung Isay's (Die Geschäftsführung nach dem BGB, S. 291 ff.), der Besitzherr sei im Verhältnis zu Dritten Besitzer, wird mit Recht von Rosenberg, a. a. O., § 855, III mit der Begründung verworfen, § 855 biete seinem Wortlaute und Zwecke nach keinen Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Ansicht..

[5]) Siehe Prot. 3. Bd., S. 32, Staudinger-Kober, § 855, 3a, vgl. ferner die Entsch. d. RG, Bd. 87, 164; 94, 342; 71, 251.

[6]) Last, in Jherings Jahrb., Bd. 63, 117.

[7]) Bruns, a. a. O., S. 149.

[8]) Wendt, Arch. f. Ziv.-Prax., Bd. 87, 41 ff.

[9]) So die herrschende Meinung, s. u. a. RGRK 3. Bd. § 855, 5; Staudinger-Kober, § 855, II, 4; Rosenberg, a. a. O., § 855, II, 1 und 2. Przibilla, in Jherings Jahrb., Bd. 50, S. 348.

unmittelbarer Besitzer bleibt [1]), die Uebertragung des Besitzes sich erst mit der Ablieferung an den Empfänger vollzieht. Jedoch wird auch durch Aushändigung der Waren an einen Besitzdiener des Adressaten diesem, selbst ohne sein Wissen, unmittelbar der Besitz verschafft, sofern nur der Besitzdiener in dieser Eigenschaft die Gegenstände in Empfang nimmt. Daß dieser hierbei im Namen des Besitzherrn handelt oder daß seine Stellung nach außen erkennbar hervortritt, wird nicht verlangt.[2]) Wenngleich § 855 BGB nur von der Ausübung der einem andern bereits zustehenden Gewalt spricht, so muß er doch sinngemäß auch für den hier angegebenen Fall des Besitzerwerbs Platz greifen müssen.[3])

Wesentlich anders gestalten sich die Besitzverhältnisse an der Kaufsache bei deren Beförderung durch Besitzmittler des § 868 BGB. Unter diese Kategorie sind jene Personen einzubeziehen, die kraft eines vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsverhältnisses eigenen unmittelbaren Besitz an Sachen eines andern begründen, deren Besitzrecht aber zeitlich durch die Dauer des Rechtsverhältnisses beschränkt ist.[4]) Alleinbesitzer sind indessen die Besitzmittler nicht. Der anderen Partei, mit der sie in dem bezeichneten Rechtsverhältnis stehen, wird wegen der noch in gewisser Hinsicht bestehenden tatsächlichen Beziehung zur Sache mittelbarer Besitz zugeschrieben.

Diese Zweiteilung des Besitzes hat in der Literatur lebhaften Streit hervorgerufen, ob der mittelbare Besitz ein echter Besitz oder eine bloße Fiktion sei, um dem mittelbaren Besitzer in gewissen Beziehungen, z. B. hinsichtlich des Besitzschutzes (§ 869 BGB), die Stellung eines Besitzers einzuräumen.

Letztere Ansicht vertreten u. a. v. Wendt [5]) und Bartels [6]). Als Hauptargument führen sie an die Unzulässigkeit der possessio plurium in solidum. Sie wollen damit sagen, der mittelbare Besitzer könne nicht wahrer Besitzer sein, da bereits der unmittelbare Besitzer den Besitz innehabe.

Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen. Zunächst spricht das BGB, wie Dernburg [7]) mit Recht betont, nirgendwo die Unzulässigkeit der possessio plurium in solidum aus. Sodann verkennen v. Wendt und Bartels anscheinend die bestehende tatsächliche „Herrschaftsstellung“ [8]) des mittelbaren Besitzers dem Besitzmittler gegenüber. Wenngleich ersterer seine Macht, auf die in den Händen des Mittlers befindliche Sache beliebig einzuwir-

---

[1]) Leonhard (Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 77) erkennt unsere Ansicht nur mit der Einschränkung an, daß keine allzu große räumliche Entfernung zwischen dem Besitzherrn und -diener besteht. Werde der Besitzdiener auf weite Reisen geschickt, so höre das Befehlsverhältnis auf, der Besitzdiener sei nunmehr selbst Besitzer. Dagegen betont das Reichsgericht (Bd. 71, 251), daß durch eine noch so große räumliche Entfernung die Fortdauer des Besitzdienerverhältnisses nicht ausgeschlossen wird.

[2]) Vgl. Biermann, a. a. O., § 855, 4a.

[3]) Vgl. RG 66, 265.

[4]) § 868 BGB: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer“.

[5]) v. Wendt, Arch. f. Ziv.-Prax., Bd. 87, S. 49 ff.

[6]) Bartels, in Gruch. Beitr. Bd. 42, S. 668.

[7]) Dernburg, Sachenrecht, § 13,3.

[8]) Bruns, a. a. O., S. 155.

ken, eingebüßt hat, so können ihm, wie schon hervorgehoben wurde, gewisse tatsächliche Beziehungen zur Sache nicht abgesprochen werden; „er ist bloß auf Zeit zurückgedrängt, was Besitz anbelangt, durch die Person des unmittelbaren Besitzers".[1]) Niemand wird behaupten wollen, der Vermieter, Verpächter, Nießbrauchs- oder Pfandbesteller habe die tatsächliche Sachherrschaft verloren. Man wird mit Fug und Recht der herrschenden Meinung[2]), die den mittelbaren Besitz als echten Besitz anerkennt, den Vorzug geben müssen.

Durch die im Vorstehenden näher gekennzeichneten Besitzmittler erfolgt im täglichen Leben die Versendung weit häufiger als durch Besitzdiener. Dem Besitzmittlungsverhältnisse zugrunde liegt meist ein Werkvertrag[3]), bei unentgeltlicher Ausführung des Transports ein Auftrag. Es sind dies „ähnliche Verhältnisse" im Sinne des § 868 BGB, so daß kraft dieser Verträge die Transporteure mit der Uebergabe durch den Versendungsverkäufer unmittelbaren Besitz an den zu versendenden Gegenständen für die Dauer der Beförderung erlangen. Mittelbarer Besitzer ist bis zum Zeitpunkt der Ablieferung an den Käufer bezw. dessen Besitzdiener regelmäßig der Verkäufer. Erst in diesem Moment geht der Besitz, eventuell bei vorliegender Einigung unter den Parteien, das Eigentum auf den Käufer über.

In den weitaus meisten Fällen trifft das zu.[4]) Denn in der Regel wird der Absender den Beförderungsvertrag mit dem Spediteur, Frachtführer usw. im eigenen Namen abschließen, um sein Verfügungsrecht über die Waren zu behalten. Auf der anderen Seite wird auch die Beförderungsperson nicht immer gewillt sein, als Vertreter des Käufers tätig zu sein, für ihn Besitz zu empfangen und die daran sich knüpfenden Pflichten auf sich zu nehmen.[5]) Möglich ist allerdings, daß die Versendungsperson auf Seiten des Käufers tätig wird, wenn z. B. dieser selbst oder in seinem Auftrag oder Einverständnis der Veräußerer sie zu seinem Vertreter „behufs Empfang und Weitersendung der Ware"[6]) bestellt. In diesem Fall geht mit der Uebergabe an den Transporteur der Besitz des Veräußerers unter, und es erwirbt der Käufer bereits in diesem Zeitpunkt mittelbaren Besitz, gegebenenfalls Eigentum bei Einigsein der Parteien über die dingliche Rechtsänderung. Der Begriff der Uebergabe im § 929, Satz 1 BGB erfordert nicht, wie Leonhard[7]) meint, eine Uebertragung des unmittelbaren Besitzes direkt vom Veräußerer an den Erwerber, es genügt vielmehr auch eine Uebergabe an eine Person, welche die Sache für den Erwerber als Besitzmittler besitzen will und soll.[8])

In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, daß wegen der großen Bedeutung für die Frage des Besitz- und Eigen-

---

[1]) Staudinger-Kober, § 868, IV, a.

[2]) Staudinger-Kober, § 868, IV, a. Enneccerus-Wolff, Sachenrecht § 8, I, 1. Rosenberg, a. a. O., § 868, III, 2. Dernburg, Sachenrecht § 13,3. Eck-Leonhard, Vorträge, S. 14 ff. Bruns, a. a. O., S. 155.

[3]) Man denke an den Frachtvertrag, der seiner rechtlichen Natur nach Werkvertrag ist.

[4]) Vgl. RG 84, 320.

[5]) S. Leonhard, Erfüllungsort, S. 36 ff.

[6]) RG 84, 320.

[7]) Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 57.

[8]) Vgl. Loewenwarter, Lehrkommentar, 4, Bd. zu § 929. Staudinger-Kober, § 929, III; Dernburg, Sachenrecht, § 100, II, 1.

tumserwerbs Vorsicht geboten ist, den Transporteur als Vertreter des Käufers zu betrachten. „Es genügt nicht, daß die Zwischenperson vom Adressaten bezeichnet ist, oder daß sie vom Versender angewiesen ist, die Ware zu seiner Verfügung zu halten. Alles dieses bringt noch nicht etwa einen Auftragsvertrag des Käufers mit dem Frachtführer oder dem Versender zustande.“ [1])

Die Frage des Besitzerwerbs durch Stellvertreter unmittelbar nach den Regeln des Allgemeinen Teils des BGB über Stellvertretung (§ 164 ff.) zu entscheiden, wie dies häufig geschieht, ist aus dem Grunde abzulehnen, daß die Stellvertretungsvorschriften nur Willenserklärungen betreffen, wohingegen der Besitzerwerb sich ohne eine darauf gerichtete Erklärung des Willens vollzieht. Der Besitzerwerb ist lediglich eine Tathandlung, bei der der Erfolg eintritt, auch ohne daß er gewollt ist. — Eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB wäre vielleicht denkbar.[2]) Biermann [3]) spricht sich auch dagegen aus; denn der Besitzerwerb sei weder eine Willenserklärung noch der Empfang einer solchen, er sei nicht einmal eine Handlung des Besitznehmers. Eine eingehendere Stellungnahme zu diesem vielumstrittenen Problem erübrigt sich im Rahmen dieser Abhandlung.[4])

Haben wir nunmehr festgestellt, wann im einzelnen Fall beim Versendungskauf bei Verwendung von Besitzdienern oder -mittlern die Uebergabe zwecks Eigentumsverschaffung als bewirkt anzusehen ist, so ist im folgenden der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs, der nicht ohne weiteres mit dem des Besitzerwerbs zusammenfallen muß, zu bestimmen.

§ 8.

Zeitpunkt des Eigentumserwerbs beim Versendungskauf.

Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen ist, wie bereits erwähnt, perfekt, wenn zu der im § 7 behandelten Besitzübergabe die Einigung, eine Willensübereinstimmung der Parteien über den Eigentumsübergang hinzutritt. (§ 929, Satz 1 BGB.) Im Einverständnis mit dem Veräußerer hat die Tradition an den Käufer zu erfolgen, der seinerseits gewillt ist, Eigentum an den Kaufgegenständen zu erwerben.

Nach der Verkehrssitte braucht der auf Uebertragung bezw. Erwerb des Eigentums gerichtete Wille der Kontrahenten nicht ausdrücklich erklärt zu werden, er kann auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen kundgegeben werden.[5]) So wird beim Distanzkauf der Wille des Veräußerers meist aus dem der Uebergabe zugrunde liegenden Kaufgeschäft gefolgert werden können. Zwecks Erfüllung dieses Vertrages bringt er die Waren zum Versand. Die Ablieferung, jener Vorgang, durch den der Käufer in die tatsächliche räumliche Beziehung zur Kaufsache

---

[1]) Leonhard, Erfüllungsort, S. 36.
[2]) Goldmann-Lilienthal, a. a. O., § 2,8.
[3]) Biermann, Sachenrecht § 855, IVa.
[4]) Ausführliche Behandlung des Problems des Besitzerwerbs durch Stellvertreter: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Leonhard Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb. Last, in Jherings Jahrb. Bd. 63, S. 71 ff.
[5]) Bruck, a. a. O., S. 71. RG 108, 27; RG 102, 40.

gelangt, so daß er imstande ist, sie auf ihre vertragsmäßige Beschaffenheit zu prüfen,[1]) wird rechtlich als Traditionsofferte seitens des Verkäufers zu bewerten sein. „In dem Angebot kommt der Wille des Verkäufers zur Erscheinung, daß der Käufer ohne eine zuvor ihm gegenüber abzugebende Erklärung berechtigt sein soll, nicht bloß wie ein Eigentümer, sondern als Eigentümer über den Kaufgegenstand -durch Weiterveräußerung usw. zu verfügen." [2])

Auf den Willen des Käufers, Eigentum zu erwerben, kann hingegen nicht ohne weiteres aus der Tatsache der Abnahme der Waren von der Transportperson geschlossen werden. Die „Abnahme" erfolgt sowohl beim Spezies- wie Gattungskauf zunächst in Erfüllung der dem Käufer nach § 433, Abs. 2 BGB obliegenden Pflicht zur Abnahme. Letztere ist nichts anderes als eine „rein körperliche Hinwegnahme" der Kaufsache — deren auferre — um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Kaufsache zu entlasten.[3]) Die „Abnahme" ist dagegen nicht gleichbedeutend mit der „Annahme" im Sinne des Eigentumserwerbs. Der Käufer wird es ablehnen, die ihm zugesandte Ware, sei es eine Spezies- oder Gattungssache, unter allen Umständen anzunehmen, ohne sie vorher auf ihre Vertragsmäßigkeit untersucht zu haben. Diesem Zweck dient insbesondere die Uebernahme der Ware aus den Händen des Transporteurs, um sie bei Mangelhaftigkeit zurückzuweisen. Denn die Möglichkeit einer vorherigen Untersuchung wird dem Käufer beim Versendungskauf in den meisten Fällen versagt sein.

Auf Grund dieser Erörterung kommen wir zu dem Resultat, daß beim Distanzkauf eine Uebereignung an den Käufer regelmäßig erst stattfindet, wenn die Kaufsache in dessen Hände gelangt und dieser seinen Annahmewillen irgendwie, sei es durch ausdrückliche Genehmigung oder stillschweigend durch schlüssige Handlungen kundgibt.[4]) So tritt insbesondere in jeder eigentumsmäßigen Verfügung, z. B. Weiterveräußerung der zugesandten Ware, der Aneignungswille des Empfängers zutage.[5])

Lehnt dieser aber die ihm zugesandte Ware ab, stellt er sie dem Verkäufer rechtzeitig zur Verfügung, so bleibt letzterer Eigentümer. Die „Zurverfügungstellung" ist also nicht ein Angebot der Rückübereignung.[6])

---

[1]) Warn. Rechtspr. 1908, Nr. 504.

[2]) RG 64, 145; vergl. ferner RG 108, 27.

[3]) RG 53, 162; RG 56, 175; RG 57, 406; RG 83, 109.

[4]) So auch das RG in ständiger Rechtsprechung, s. RG 108, 27; 102, 40; 74, 355; 64, 145. Vgl. ferner OLG 34, 181 „Recht" 21, Nr. 2803, „Recht 05, Nr. 1193, Seuff. Arch. Bd. 40, Nr. 182; J. W. 04, 62; Staub, Handelsgesetzbuch 4. Bd., Anm. 59 im Anhang zu § 382; Ebbecke, im „Recht" 1919, S. 303 ff.; a. M. Krückmann, J. W. 24, 676.

[5]) Der oben aufgestellte Satz, zum Eigentumsübergang beim Distanzkauf seien immer besondere Tatsachen nachzuweisen, aus denen der Eigentumserwerbswille des Käufers in die Erscheinung tritt, gilt nicht nur für den Gattungs-, sondern auch für den Spezieskauf. Da auch bei diesem der Käufer das Recht hat, die Ware auf ihre vertragsmäßigen Eigenschaften zu untersuchen und sie bei Vorhandensein von Mängeln zurückzuweisen, so ist, wie Staub (Anm. 59b in Anh. zu § 382) sagt, nicht ersichtlich, warum man hier, anders als beim Gattungskauf, genötigt sein sollte, anzunehmen, daß die Abnahme von der Transportperson in diesem Falle eine weitergehende, stärkere Bedeutung haben sollte.

[6]) RG in LZ 09, 469.

Bestritten ist, ob beim Kauf unter Kaufleuten die Versäumung der Mängelrüge den Uebergang des Eigentums auf den Käufer bewirkt. In der hier maßgebenden Vorschrift des § 377 HGB heißt es: „Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen, und wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

In der gesetzlichen Fiktion der Genehmigung der Ware als vertragsmäßig erblickt das OLG Hamburg [1]) eine Genehmigung im Sinne des Eigentumserwerbs, bei Versäumung der Mängelrüge oder nicht rechtzeitiger Mängelanzeige erwirbt der Käufer Eigentum an der ihm zugesandten Kaufsache. Das Gericht sieht seine Ansicht darin begründet, daß eine „Zurverfügungstellung" nach Verlust aller Gewährleistungsansprüche — die Ware gilt ja als genehmigt — gegenstandslos werde.

Das Reichsgericht [2]) ist anderer Auffassung. Es hat das Urteil des OLG Hamburg mit der Begründung aufgehoben, § 377 HGB stelle lediglich Grundsätze schuldrechtlicher Art auf, mit dinglichen Wirkungen habe er nichts zu schaffen. Selbst eine unzulässige, nach Ablauf der Rügefrist erfolgte „Zurverfügungstellung" der Ware äußere den Willen des Käufers, Eigentum nicht erwerben zu wollen.

Die Entscheidung des Reichsgerichts erscheint zweifelhaft. Richtig ist zwar, daß die Vorschrift des § 377 Abs. 2 HGB „unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt" nur schuldrechtlichen Inhalt hat, Wandelungs- und Minderungsansprüche des Käufers ausschließt. Doch ist zu beachten, daß in den meisten Fällen der mit den Gepflogenheiten und Rechtsgebräuchen des Handelsverkehrs vertraute Kaufmann durch Nichtanzeige der Mängel der Kaufsache stillschweigend seinen Aneignungswillen zu erkennen gibt. Mit Ablauf der Rügefrist ist spätestens der Eigentumsübergang als vollzogen anzusehen. Eine spätere durch Zurverfügungstellung geäußerte Erklärung des Käufers, die Ware nicht zu Eigentum behalten zu wollen, ist deswegen unbeachtlich. Aus diesen Gründen ist der Entscheidung des OLG Hamburg der Vorzug zu geben.

In der Literatur vertreten den hier dargelegten Standpunkt u. a. Staub,[3]) Ebbecke [4]) und Adler [5]). Staub geht indessen zu weit mit seiner Behauptung, der Käufer habe auch dann Eigentum erworben, wenn er zwar gehörig gerügt hat, die Rüge aber sachlich unbegründet war und er die Kaufsache zur Verfügung gestellt hat. Denn auch bei vertragsmäßiger Beschaffenheit vermag der Käufer die Ware zurückzuweisen. Gemäß § 433, Abs. 2 BGB ist er nur zur „Abnahme" verpflichtet, eine Verpflichtung zur „An-

---

[1]) LZ 1922, 562.

[2]) RG in J. W. 24, 676.

[3]) Staub-Könige, HGB, 4. Bd., Anm. 59 im Anh. zu § 382.

[4]) Ebbecke, in „Recht" 1919, 303.

[5]) Adler, in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 86, S. 301.

nahme" besteht nicht.[1]) Der Annahmeverzug hat dagegen nur die Wirkung des Gläubigerverzugs zur Folge.

Jenes Rügerecht — darauf sei noch hingewiesen — hat u. U. auch die Transportperson, falls diese ausnahmsweise auf Seiten des Käufers tätig wird und zum Eigentumserwerb ermächtigt ist. Die an die Versäumung der Rüge, Annahmeverweigerung usw. sich knüpfenden Folgen hat dann der Käufer zu tragen. Andererseits bewirkt bei derartiger Lage des Falles die Empfangnahme durch die Mittelsperson bereits den Uebergang des Eigentums auf den Käufer.[2]) Im täglichen Verkehr wird man allerdings selten die Transportperson als Vertreterin des Käufers in dem erwähnten Sinne anzusehen haben. „Sie ist es noch nicht, wenn der Verkäufer an den vom Käufer bezeichneten Spediteur oder Frachtführer versendet; sie sind immer noch Beauftragte des Verkäufers zum Zwecke der Weiterversendung an den Käufer. Die Transportperson des Käufers ist dessen Vertreter im gedachten Sinne erst, wenn der Wille des Käufers beim Besitzerwerb durch seinen Spediteur oder Frachtführer auf sofortigen Eigentumserwerb gerichtet war und ausdrücklich oder durch erkennbare schlüssige Handlung in die äußere Erscheinung getreten ist. Alsdann ist die Uebernahme der Ware durch die Transportperson des Käufers eine Genehmigung, die den Eigentumsübergang auf den Käufer nach § 929 BGB bewirkt. Dieses Ergebnis kann nicht dadurch allein herbeigeführt werden, daß Käufer und Verkäufer die Bestellung der Transportperson zum Vertreter des Käufers vereinbaren, sondern es muß die Transportperson selbst bei Inbesitznahme des Gutes auch wirklich den Willen gehabt haben, in Vertretung des Käufers zu handeln." [3])

Auch ohne Einräumung eines körperlichen Gewaltverhältnisses, ohne Uebergabe der Kaufsache an den Käufer persönlich oder dessen Vertreter vermag der Käufer auch beim Versendungskauf Eigentum zu erlangen. Die körperliche Hingabe der Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Verkäufer seine ihm gegenüber der Transportperson oder -anstalt zustehenden Ansprüche auf Herausgabe des Gutes dem Käufer abtritt. Mit der Zession dieser Ansprüche erwirbt letzterer, während die Ware noch unterwegs ist, mittelbaren Besitz und Eigentum (§§ 931, 870 BGB).

Der Käufer ist in diesem Falle günstiger gestellt. Er läuft nicht Gefahr, daß der Verkäufer die Ablieferung des Gutes an ihn vereitelt, indem dieser z. B. beim Frachtvertrage von seinem Rechte der Konterorder des § 433, Abs. 1 HGB Gebrauch macht, den Frachtführer anweist, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen andern auszuliefern oder gar gemäß § 649 BGB den Transportvertrag [4]) kündigt. Mit der Abtretung der Ansprüche erlischen die Rechte des Verkäufers.

---

[1]) Unterschied zwischen „Abnahme" und „Annahme", s. oben!

[2]) S. § 7 dieser Abhandlung.

[3]) Staub-Könige, HGB 4. Bd., Anm. 58a im Anhang zu § 382 unter Hinweis auf die Entscheidungen des RG 64, 145; 18, 162; 12, 81; LZ 1920, 701, s. ferner Leonhard, Erfüllungsort, S. 36.

[4]) Der Transportvertrag ist seiner rechtlichen Natur nach ein Werkvertrag. Gegenstand dieses Vertrages ist ein bestimmter Erfolg, die Beförderung des Gutes von einem Orte zum andern.

III. Besondere Gestaltungen der Uebereignung nach dem HGB und handelsrechtlichen Nebengesetzen.

§ 9.

Eigentumserwerb durch Begebung von Traditionspapieren. (Konnossenment, Ladeschein.)

Die sachenrechtlichen Grundsätze des Besitz- und Eigentumserwerbs im BGB gelten auch für das HGB.

Als eine besondere Art der Uebereignung beweglicher Sachen stellt sich aber die Eigentumsübertragung durch Uebergabe gewisser Urkunden dar. An die Uebergabe dieser Papiere knüpft sich der Besitzübergang des Gutes selbst und es ist, sofern sich mit der Erlangung des Besitzes die Einigung des Veräußerers und Erwerbers über den Eigentumsübergang verbindet, die Uebereignung perfekt.

Zu der Kategorie dieser Waren- oder Traditionspapiere, so bezeichnet, weil sie die Ware verkörpern, zählen das Konnossement und der Ladeschein.

Das Konnossement ist die beim Seefrachtvertrage übliche vom Verfrachter (Reeder oder dessen Vertreter, Schiffer) ausgestellte Urkunde, in welcher dieser dem Ablader (Versender) bescheinigt, die zu verladenden Güter erhalten zu haben und sich verpflichtet, sie am Bestimmungsorte an den im Papier benannten Empfänger auszuliefern.[1]) Das Konnossement kann Rekta-, Inhaber- oder Orderpapier sein. Im Seefrachtverkehr kommt fast ausschließlich das Orderkonnossement vor. Das Stellen an Order kann der Ablader gemäß § 644 HGB verlangen.

Bei einer Versendung der Kaufgegenstände auf dem Seewege läßt sich in der Praxis der Verkäufer meist eine derartige Urkunde ausstellen (nach § 642, Abs. 1 HGB trifft den Schiffer die Verpflichtung zur Ausstellung des Konnossements in so vielen Exemplaren, als der Ablader verlangt) und übersendet sie dem Käufer. Mit der Zustellung des Konnossements erwirbt dieser Eigentum an der noch „schwimmenden" Ware, falls die Empfangnahme des Papiers in der Absicht geschieht, Eigentum an dem Gute zu erlangen. (§ 647 HGB.) Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, wird zumeist vorhanden sein. Aus dem der Uebereignung zugrunde liegenden Kaufgeschäft, das ihn zur Eigentumsübertragung verpflichtet, ist auf den animus dominii transferendi des Verkäufers zu schließen.

In der Tat dürfte regelmäßig die Auslieferung des Konnossements an den Käufer den Eigentumsübergang herbeiführen. Auch der animus dominii acquirendi, der Wille, Eigentum zu erwerben, ist im Zweifel beim Käufer als vorhanden anzusehen. „Der Käufer, der das Konnossement über eine an ihn abgeladene Ware erhält, hat zweifelsohne das Bewußtsein, und zwar das durchaus berechtigte Bewußtsein, daß er damit Herr über die Ware geworden sei, Herr, nicht nur in dem Sinne, daß er die Auslieferung derselben von dem Schiffer verlangen könne, sondern daß er auch in der Lage sei, über dieselbe zu disponieren, sie zu veräußern

---

[1]) Lehmann, Lehrb. d. Handelsrechts, § 119, IIa.

und zu verpfänden usw., mit a. W.: er hat eben denjenigen animus, welcher für den Eigentümer charakteristisch ist." [1])

Ist das Konnossement mit der Orderklausel versehen, so kann es der Käufer durch Indossament weiter übertragen (§ 363, Abs. 2 HGB). Auf diese Weise vermag er, ohne daß er selbst den körperlichen Besitz der Sache erlangt zu haben braucht, diese einem Dritten zu übereignen. Dieselbe Wirkung zeitigt beim Inhaberkonnossement die einfache Uebergabe des Papiers an einen Dritten.[2])

Dem Konnossemente im Seefrachtgeschäft entspricht im wesentlichen im Land- und Flußfrachtgeschäft der Ladeschein, jene Urkunde, durch welche der Frachtführer sich zur Auslieferung der Güter an den legitimierten Inhaber des Scheines verpflichtet. Beim Landfrachtgeschäft ist allerdings der Ladeschein weniger gebräuchlich,[3]) in der Praxis kommt er fast nur im Betriebe der Binnenschiffahrt vor (daher auch Fluß- oder Binnenkonnossement genannt). Auf Verlangen des Absenders ist er hier vom Frachtführer (Binnenschiffer) auszustellen (§ 72 Binnen-Sch.-G.). Letzterer ist indessen nicht verpflichtet, den Ladeschein an Order zu stellen; eine dem § 644 HGB ähnliche Bestimmung fehlt im Land- und Flußfrachtrecht.

An die Uebergabe des Ladescheines knüpft das Gesetz die gleichen Folgen wie an die Begebung eines Konnossementes. Entsprechend dem § 647 HGB bestimmt § 450 HGB, daß die Uebergabe des Ladescheines an den zur Empfangnahme des Gutes Legitimierten die Wirkung der Uebergabe des Gutes hat. Mit a. W.: der Empfänger erlangt den Besitz am Gute, gegebenenfalls bei vorliegender Einigung das Eigentum.

Dieser Eigentumserwerb durch Uebergabe eines Ladescheines oder Konnossements stellt sich dar als ein Erwerb nach § 929, Satz 1 BGB, d. h.: der Empfänger erwirbt das Eigentum in derselben Weise, wie wenn ihm körperlicher Besitz der Sache verschafft worden wäre. Er braucht daher nicht, wie im Falle des Eigentumserwerbs nach § 931 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, die Einwendungen des Besitzers aus dem zwischen ihm und dem Veräußerer bestehenden schuldrechtlichen Verhältnis gegen sich gelten zu lassen (§ 986, Abs. 2 BGB).

Der hier vertretene Standpunkt ist der der herrschenden Repräsentationstheorie.[4]) Sie erblickt in der in den §§ 450, 647 HGB aufgestellten Fiktion des Rechtserwerbs durch Begebung von Traditionspapieren eine besondere handelsrechtliche Uebereignungs-

---

[1]) OLG Hamburg in Seuff. Arch., Bd. 41, Nr. 6.

[2]) Der Uebergabe von Konnossementsanteilscheinen, die häufig vom Inhaber des Originalkonnossements oder vom Reedereivertreter ausgestellt werden, ist keine dingliche Wirkung zuzuschreiben. Ein solcher Teilschein ist nicht eine Urkunde über einen Seetransport, sondern Auslieferungspapier, eine Art Lieferschein (Staub-Könige, Handelsgesetzbuch, 3. Bd., § 363, Anm. 38, Adler in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 86, S. 302).

[3]) Die Ausstellung eines Ladescheines „kann" erfolgen (§ 444 HGB).

[4]) Vertreten von Wolff in Ehrenbergs Handb. d. Handelsrechts, 4. Bd., 1. Abt., S. 34; Jacobi, ebendaselbst, S. 549; Staub-Könige, HGB, 3. Bd., § 363, Anm. 36; Lehmann, Lehrb. d. Handelsrechts, § 119,2; Ebbecke, in Recht 1919, S. 303 ff.; Siebert, in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 93, S. 47.

form. Das Papier „repräsentiert' die Ware, die Uebergabe der Urkunde hat die Bedeutung der Uebergabe des Besitzes des Gutes, vorausgesetzt, daß dieses im Besitze des Frachtführers oder Schiffers geblieben ist.

Für die Richtigkeit der Repräsentationstheorie spricht die Tatsache, daß nach der allgemeinen Verkehrsauschauung zur Uebergabe im Sinne des § 929 BGB genügt, wenn dem Erwerber Mittel gegeben werden, die ihm die Möglichkeit zur Ausübung der Sachherrschaft verschaffen. Es genügt z. B. das Ueberlassen der Schlüssel zum Aufbewahrungsraum zur Uebertragung des körperlichen Besitzes an den darin befindlichen Sachen.[1]) Ebenso wie in der Uebergabe der Schlüssel eine wirkliche Uebergabe liegt, so muß auch die Begebung von Traditionspapieren als solche gelten, vermag doch der legitimierte Inhaber dieser Urkunden in gewissem Umfange über das Gut zu verfügen.[2])

Abzulehnen ist daher die sog. streng-relative Theorie, die den Rechtserwerb durch Traditionspapiere auf eine Ersatzübergabe nach § 931 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zurückgeführt.[3]) Gegen sie wird ferner auch vor allem geltend gemacht, daß von ihrem Standpunkt aus die erwähnten handelsrechtlichen Bestimmungen überflüssig seien.[4])

Abzulehnen ist weiter die sog. absolute Theorie. Sie betont die völlige Unabhängigkeit des Rechtserwerbs von der Besitzfrage. Gleichgültig, ob der Frachtführer oder Schiffer das Transportgut im Besitz hat oder nicht, soll sich der Eigentumsübergang durch Einigung und Papierbegebung vollziehen.

Diese Theorie erscheint unverständlich gegenüber den einschlägigen Gesetzesbestimmungen der §§ 450, 647 HGB, wonach die dingliche Wirkung der Traditionspapiere die Uebernahme des Frachtgutes durch den Frachtführer oder Schiffer zur Voraussetzung hat. Sie würde auch, wie Lehmann[5]) sagt, zu der Konsequenz führen, daß der rechtmäßige Erwerb des Papieres stets rechtmäßiger Erwerb des Gutes sei, daß z. B. der redliche Erwerber des Orderkonnossements auch dann Eigentümer des Gutes wird, wenn dies gestohlen ist, und daß er stets dem Erwerber des Gutes durch reale Tradition vorgeht.

§ 10.

Frachtbrief und Frachtbriefduplikat. Bedeutung der Uebergabe dieser Urkunden für die Eigentumsübertragung.

Im Güterverkehr wird meist das Transportgut mit einem Frachtbrief zur Versendung aufgegeben. Während beim Eisenbahnfrachtgeschäft die Ausstellung dieser Urkunde vorgeschrieben ist, den Abschluß des Frachtvertrages bedingt (§ 61, Abs. 1 der Eisenbahnverkehrsordnung von 1929) ist beim Land- und Flußfrachtgeschäft der Absender nur auf Verlangen des Frachtführers

---

[1]) RG 103, 101.

[2]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., S. 233.

[3]) Ausführliche Kritik dieser Theorie s. b. Heymann in der Festgabe für Felix Dahn, S. 161 ff.; Siebert in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 93, S. 1 ff.

[4]) Lehmann, Lehrb. d. Handelsrechts, § 119,2.

[5]) Lehmann, ebendaselbst.

zur Ausstellung eines Frachtbriefes verpflichtet (§ 426 HGB, § 26 Binnenschiffahrtsgesetz).

Der Frachtbrief bezweckt, den Empfänger über Herkunft und Art des Gutes sowie über seine Rechte und Pflichten in Ansehung der Sendung zu unterrichten.[1]) In anderer Hinsicht ist er insofern von Bedeutung, als nach der Ankunft des Gutes am Bestimmungsort mit der Aushändigung des Frachtbriefes seitens des Frachtführers an den Empfänger ebenso wie mit der Klageerhebung gemäß § 435 HGB (§ 75, Abs. 2 EVO) die dem Absender regelmäßig[2]) zustehende Dispositionsgewalt über das Frachtgut (§ 433, Abs. 1 HGB, § 72, Abs. 1 EVO) erlischt (§ 433, Abs. 2 HGB, § 72, Abs. 13 EVO). Es erhebt sich nunmehr die für unsere Abhandlung wichtige Frage, ob mit dem Zeitpunkt, wo der Frachtführer nur noch die Anweisungen des Adressaten zu beachten hat und dieser die Auslieferung des Gutes verlangen kann, das Eigentum auf ihn übergeht.

Diese Frage ist äußerst bestritten. Sie wird bejaht von Leonhard.[3]) Dieser Schriftsteller deutet die Tatsache des Uebergangs des Verfügungsrechts als Uebertragung des Eigentums zufolge der §§ 931, 870 BGB. Er sagt: „Erst dann erlangt dieser (der Adressat) den mittelbaren Besitz, wenn die Ware am Bestimmungsort angekommen ist und der Adressat den Frachtbrief erhalten oder Klage nach § 435 HGB erhoben hat. Denn hierdurch erhält der Adressat einen selbständigen Anspruch gegen den Frachtführer, der von dem Verfügungsrecht des Absenders nicht mehr beeinträchtigt wird (§ 433 HGB). Darin kann man daher auch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs erblicken: durch sie geht nach § 870 BGB der mittelbare Besitz und damit das Eigentum über."

Ebenso äußert sich Schröder:[4]) „Nunmehr (nach Uebergabe des Frachtbriefes an den Empfänger oder Klageerhebung nach § 435 HGB. D. Verf.) gilt der Anspruch des Absenders auf Herausgabe des Gutes als an den Empfänger abgetreten, der Empfänger hat den mittelbaren Eigenbesitz und damit das Eigentum erlangt, auch wenn das Gut selbst noch nicht an ihn abgeliefert ist."

Als weitere Vertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Dernburg,[5]) Hellwig,[6]) Baltes,[7] Strache[8]) und Cosack.[9]) Letzterer erkennt bereits mit der Ankunft des Frachtgutes am Bestimmungsort mittelbaren Mitbesitz des Empfängers neben dem des Absenders an. Mittelbarer Alleinbesitzer werde der Adressat mit Empfang des Frachtbriefes oder der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte aus § 435 HGB.

Die sog. Zessionstheorie Leonhards und der übrigen Autoren dürfte nicht haltbar sein. Zunächst ist ihr entgegenzuhalten, daß

---

[1]) Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts (n. Aufl.) § 145,I, 1b.

[2]) Bei Begebung eines Traditionspapieres keine Verfügungsbefugnis über das Transportgut!

[3]) Leonhard, Erfüllungsort, S. 37.

[4]) Schröder, in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 51, S. 43.

[5]) Dernburg, Sachenrecht § 18,6.

[6]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 489 ff.

[7]) Baltes, a. a. O., S. 50.

[8]) Strache, a. a. O., S. 46.

[9]) Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts (n. Aufl.), § 146, I, 6b c.

das Recht des Adressaten gegen den Frachtführer auf Auslieferung des Gutes kraft Gesetzes entsteht. (§ 435 in Verbindung mit § 433, Abs. 2 HGB.) Von einer durch den Absender bewirkten Zession des Herausgabeanspruchs kann deswegen keine Rede sein. Ebenso gilt der Herausgabeanspruch gegen den Frachtführer nicht, wie Schröder meint, mit dem Uebergang des Dispositionsrechtes auf den Adressaten als abgetreten. Als logische Folgerung einer fingierten Zession würde sich nämlich beim Verzicht des Empfängers auf sein Verfügungsrecht der unhaltbare rechtliche Zustand ergeben, daß während dieses Stadiums des Transports niemandem ein Recht über das Frachtgut zustände. Ein solches Ergebnis erscheint doch vom Gesetzgeber offenbar nicht gewollt. Die Rechte aus dem Transportvertrag verbleiben vielmehr, falls der Adressat von seinem Verfügungsrecht keinen Gebrauch macht, bis zur Ablieferung des Gutes an den Adressaten dem Absender. Dessen Verfügungsrecht lebt in diesem Falle ipso iure wieder auf.[1])

Der Vorschrift des § 433, Abs. 2 HGB sind dieserhalb dingliche Wirkungen nicht beizumessen. Das Gesetz gewährt dem Adressaten lediglich persönliche Forderungen gegen den Frachtführer, deren Inhalt sich in der Befugnis der Erteilung von Anweisungen erschöpft. Daraus erhellt weiter, daß der Frachtführer nicht mit Entstehen dieser Ansprüche als Besitzmittler des Empfängers anzusehen ist, ebensowenig wie der Verkäufer für den Käufer besitzt, der auf Grund des Kaufvertrags die Uebergabe der Kaufsache verlangen kann.

Diese Ansicht steht in Uebereinstimmung mit der Judikatur des Reichsgerichts.[2]) Bezüglich der Art. 402, 405, a. HGB, die den §§ 433, 435 des n. HGB entsprechen, hat das Reichsgericht ungefähr folgendermaßen entschieden:

Wenn das Verfügungsrecht kraft Gesetzes bis zu einem gewissen Zeitpunkt dem Absender, von da ab dem Empfänger zusteht, so handelt es sich bei dieser Bestimmung nur um die sich aus dem Frachtverhältnisse ergebenden obligatorischen Beziehungen und Verpflichtungen, insbesondere um das Verhältnis, in welchem der Frachtführer als solcher einerseits zum Absender, andererseits zum Empfänger der von ihm beförderten Ware steht. An den Besitzverhältnissen und an dem Verhältnis des Absenders zu dem Frachtgut selbst sowie an den Rechten, die ihm dem Empfänger gegenüber in Ansehung dieses Frachtgutes zustehen, ist durch die erwähnten Vorschriften nichts geändert worden.[3])

Ein Grund, weswegen Hellwig [4]), der für das frühere Recht diese Entscheidung gelten ließ, sie für unser geltendes Recht verwirft, ist nicht ersichtlich, stimmen doch die Art. 402, 405 a. HGB inhaltlich mit den §§ 433, 435 des n. HGB überein.

---

[1]) ROHG 6, 276.

[2]) RG 27, 85.

[3]) Siehe ferner u. a. Gareis, Handelsrecht, § 44, Ziff. 6. Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, Anm. 13 zu § 433. Staub-Könige, Handelsgesetzbuch, 4. Bd., Anm. 110 im Anh. zu § 382. Lehmann, Lehrb. d. Handelsrechts S. 545. Lehmann-Ring, Komm. § 433, Nr. 13, 14. Wellenstein, S. 26, a. a. O. Siegel, a. a. O., S. 26. Müller, a. a. O., S. 42 ff. Cosack, in der älteren Aufl. s. Lehrb. des Handelsrechts, § 87, 6.

[4]) Hellwig, a. a. O., S. 491.

Die Begebung eines Frachtbriefduplikates[1]), einer Bescheinigung der Eisenbahn über den Empfang des Gutes, an den Empfänger (Käufer), führt grundsätzlich ebensowenig wie die Uebergabe eines einfachen Frachtbriefes einen Eigentumsübergang herbei. Kraft Gesetzes hat sie lediglich zur Folge, daß der Absender in der Ausübung seines in § 433. Abs 1 HGB (§ 72, Abs. 1 EVO) bezeichneten Verfügungsrechts beschränkt wird, insofern als im Falle der Ausstellung eines Duplikates der Absender die Verfügungsbefugnisse nur bei Vorlegung des Duplikates hat. (§ 455, Abs. 2 HGB, § 72, Abs. 7 EVO, Art. 21, § 2, Abs. 2 JÜG.)

Auf der anderen Seite erlangt aber der Empfänger mit der Aushändigung des Duplikates nicht jenes Verfügungsrecht. Dieses verbleibt vielmehr bis zu dem gesetzlich festgelegten Zeitpunkt (§ 433, Abs. 2 HGB) dem Absender. Dieser ist, wie gesagt, nur in der Ausübung seines Rechtes gehindert. Der Empfänger erlangt durch die Uebergabe des Duplikates lediglich eine günstigere Position, indem er schon vor der Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte vor ihn benachteiligenden Verfügungen des Absenders geschützt ist.[2]) Zumal auch in § 61, Abs. 6 EVO und ebenso in Art. 8, § 5, Abs. 2 JÜG dem Frachtbriefdoppel ausdrücklich die Eigenschaft eines Ladescheines abgesprochen wird, unterliegt es keinem Zweifel, zu sagen, die Begebung des Duplikates seitens des Absenders an den Empfänger äußert an sich keine dingliche Wirkungen.

Daß aber unter besonderen Umständen in der Uebergabe des Doppels vom Verkäufer an den Käufer eine Uebertragung des Eigentums am Gute nach § 931 BGB erblickt werden kann, soll nicht bestritten werden. Ist z. B. bei einem Kaufvertrage die Abrede getroffen worden, der Käufer solle mit der Einlösung des Duplikates verfügungsberechtigter Eigentümer werden, so läßt jene Vereinbarung meist auf den beiderseitigen Willen schließen, daß der Anspruch des Verkäufers gegen die Bahn auf Herausgabe des Gutes und das Eigentum an dem Gute auf den Käufer übergehen soll. Ein solcher Wille ist insbesondere, wie das Reichsgericht des öfteren entschieden hat,[3]) anzunehmen, wenn der Kaufvertrag mit der Klausel „Netto Kasse gegen Frachtbriefduplikat" oder einer gleichbedeutenden Klausel geschlossen worden sei und demgemäß beiderseits erfüllt werde.

Bemerkenswert zu dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die gegnerische Stellungnahme des Oberlandesgerichts Hamburg[4]): „Davon, daß in der Uebergabe des Frachtbriefduplikates

---

[1]) Ausstellung eines Frachtbriefduplikates ist im internationalen Eisenbahnfrachtverkehr vorgeschrieben (Art. 8, § 1 JÜG), im inländischen von dem Verlangen des Absenders abhängig (§ 455, Abs. 2 HGB, § 61, Abs. 5 EVO).

[2]) RG 102, 97; RG 110, 202; ferner Adler, in Goldschmidts Zeitschr. d. ges. Handelsrechts, Bd. 86, S. 303. Staub-Könige, HGB 4. Bd., § 455, Anm. 2.

[3]) RG 102, 97; J. W. 19, 182; J. W. 26, 2922; OLG 34, 181; LZ 08, 937; Warn. Rechtspr. 1922, Nr. 77; s. ferner Staudinger-Kober, § 931, 4a. Warneyer, Komm. § 931, I. Staub-Könige, Handelsgesetzbuch, 4. Bd., § 455, Anm. 5. Lehmann-Ring, Komm. § 455, Nr. 8. Joerges, in J. W. 21, 329. Düringer-Hachenburg, HGB 3. Bd., Anm. 5 und 8 zu § 455.

[4]) Zitiert bei Loening, a. a. O., S. 205.

sich der Wille der Parteien, die Herausgabeansprüche an die Bahn abzutreten, ausdrückt, kann in Wirklichkeit keine Rede sein; ein solcher Gedankengang liegt dem Laien völlig fern, und es ist in der Annahme solchen Parteiwillens in der Tat nur eine rechtstheoretische Konstruktion zu erblicken, um den Uebergang des Eigentums an nicht im Besitz des Erwerbers befindlichen beweglichen Sachen in Gemäßheit der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen zu rechtfertigen."

Allein dieses Urteil kann nicht überzeugen, herrscht doch gerade beim Laien die Auffassung, daß er mit der Zahlung des Kaufpreises Eigentum erwirbt. Folglich will er auch als Verkäufer nach Empfang des Geldes seine Beziehungen zur Sache lösen, das Eigentum übertragen. Eben diese Auffassung in Laienkreisen spricht für die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Entscheidungen und rechtfertigt in den angegebenen Fällen die Annahme einer Uebereignung gemäß § 931 BGB.

Auch die von Adler[1]) gegen die Ansicht des Reichsgerichts geäußerten Bedenken, der das Frachtbriefduplikat besitzende Käufer werde vor Ankunft der Ware am Bestimmungsort vergeblich versuchen, seinen Herausgabeanspruch gegen die Eisenbahn geltend zu machen, nach der Ankunft habe er ihn auch ohne Duplikat, vermögen uns nicht eines andern zu belehren. Wenngleich feststeht, daß die Uebergabe des Duplikats an den Empfänger diesem der Bahn gegenüber keine Verfügungsberechtigung verleiht (s. oben), so steht diese Tatsache einer mit der Duplikatsübergabe vollzogenen Eigentumsübertragung nicht im Wege; der Käufer ist vor der Ankunft der Ware lediglich durch die „Interessen des Eisenbahndienstes" zur Geltendmachung seines Anspruchs gehindert. Wegen der Zahlung des Kaufpreises hat er aber ein Interesse an alsbaldiger Uebertragung des Eigentums, um gegebenenfalls im Konkurse des Verkäufers sein Aussonderungsrecht, bei Beschädigung des Gutes selbst Ansprüche aus dem Eigentum geltend machen zu können.

§ 11.

Eigentumserwerb bei Zustellung der Kaufgegenstände durch die Post.

Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. 10. 1871 und die Reichspostordnung in der neuesten Fassung vom 30. 1. 1929, in denen das Postfrachtgeschäft seine Regelung erfahren hat,[2]) treffen hinsichtlich des Besitz- und Eigentumserwerbs des Adressaten an Postsendungen keine Sonderbestimmung.

Durch die Vorschrift des § 35, Abs. 1 PO, die dem Absender (Verkäufer) bis zur Ablieferung des Gutes an den Adressaten (Käufer) das alleinige Dispositionsrecht einräumt („Der Absender kann eine Postsendung zurücknehmen oder ihre Aufschrift

---

[1]) Adler, in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 86, S. 303.

[2]) § 452 HGB schließt die Anwendbarkeit der Vorschriften über das handelsrechtliche Frachtgeschäft für das Postfrachtgeschäft aus.

ändern lassen, solange die Sendung dem Empfänger noch nicht ausgehändigt ist."), wird zum Ausdruck gebracht, daß die Post Besitzmittlerin des Absenders ist und der Adressat erst mit der Uebergabe der Sendung an ihn oder seinen Besitzdiener Besitz bezw. Eigentum erwirbt, falls nicht ausnahmsweise der Absender durch Zession seiner Rechte gegen die Post dem Empfänger nach § 931 BGB die Rechtsposition eines Besitzers und Eigentümers verschafft. Eine stillschweigende Zession enthält aber nicht die Adressierung, die Erklärung, wem die Sendung zugestellt werden soll; sie ist lediglich, wie Laband [1]) sagt, Bestandteil des zwischen dem Absender und der Postanstalt abgeschlossenen Vertrages.

Der Adressat wird auch noch nicht Eigentümer mit der Aushändigung des Ablieferungsscheines, den die Post in den Fällen, in denen sie die Zustellung nicht übernimmt,[2]) dem Empfänger zu übergeben pflegt. Der Ablieferungsschein hat nicht, wie Schröder [3]) und Baltes [4]) annehmen, die Bedeutung eines Traditionspapieres, sondern bezweckt nur, den Adressaten von der Ankunft des Gutes zu benachrichtigen, damit er die Abholung der Gegenstände von der Post veranlasse (§ 38, Abs. 4 PO)[5]).

---

[1]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 3. Bd., S. 84.

[2]) Die Verpflichtung zur Zustellung kann die Post aus besonderen Gründen selbst beschränken (§ 38, Abs. 3 PO), sie kann aber auch kraft besonderer Vereinbarung mit dem Empfänger allgemein ausgeschlossen werden.

[3]) Schröder, in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 51, S. 42.

[4]) Baltes, a. a. O., S. 50.

[5]) So auch Hellwig, a. a. O., S. 527.

C. Anhang.

§ 12.

Streitfälle des Versendungskaufs.

Eingangs wurde erwähnt, daß der Käufer nicht selten schon vor der Absendung der Ware mit Abschluß des Kaufvertrages im Wege des Besitzkonstituts (§ 930 BGB) Eigentum an der Kaufsache erwirbt. Ein Versendungskauf liegt dann nicht vor. Die später zu erfolgende Versendung der Ware an den Käufer oder unmittelbar an dessen Abnehmer geschieht nunmehr nicht zufolge einer Nebenpflicht aus dem Kaufgeschäft, sondern auf Grund besonderen Vertrags.

Ob der Kaufvertrag ein solches Besitzkonstitut enthält und der Käufer mit Kaufabschluß durch Ersatzübergabe nach § 930 BGB oder erst mit der Annahme der Ware am Bestimmungsort Eigentümer geworden ist, wird oft Anlaß zu Zweifeln geben. Eine kurze Erörterung dieser Streitfälle erscheint deshalb geboten.

Die Uebereignung durch Besitzkonstitut setzt die Vereinbarung eines besonderen zum Kaufvertrag hinzutretenden Rechtsverhältnisses voraus, vermöge dessen der Käufer den mittelbaren Besitz erlangt, der Verkäufer den unmittelbaren Besitz der Kaufsache behält. Zur Herbeiführung dieses Zustandes genügt indes nicht die Abrede der Kontrahenten, daß mit Vertragsschluß der Verkäufer für den Käufer als den mittelbaren Besitzer den Besitz ausüben solle, es muß vielmehr ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis der im § 868 BGB gekennzeichneten Art — um derartige Rechtsverhältnisse handelt es sich im § 930 BGB — vereinbart werden.[1]) Eine ausdrückliche Vereinbarung ist aber nicht notwendig; „es genügt, wenn das gewollte den Besitz des Erwerbers vermittelnde Verhältnis nur überhaupt erkennbar gemacht ist".[2])

So wird in jenen Fällen, bei denen die zu liefernde Ware aus irgend einem Grunde vorläufig dem Verkäufer überlassen bleibt, des öfteren ein Rechtsverhältnis, meist ein Verwahrungsvertrag, vorliegen. Anhaltspunkte dafür sind gegeben, wenn die einstweilige Aufbewahrung gegen Entgelt bedungen ist oder die Ware einem Dritten zur Verwahrung übergeben wird, ferner insbesondere, wenn der Kaufpreis bezahlt ist.[3]) In der Zahlung des Preises dürfte in vielen Fällen die stillschweigende Vereinbarung

---

[1]) Loewenwarter, Lehrkomm. 4. Bd. zu § 930; Warneyer, Komm. z. BGB zu § 930; Staub-Könige, HGB 4. Bd., Anm. 59 im Anh. zu § 382, s. ferner RG 98, 133.

[2]) RG in J. W. 1913, 492.

[3]) Adler in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 86. S. 301.

eines Besitzmittlungsverhältnisses liegen. Zu dieser Annahme führt die Erwägung, daß der Käufer nunmehr in erhöhtem Maße wegen der „Konkursgefahr", der Verkäufer nicht minder wegen der „Verschlechterungsgefahr" ein Interesse an alsbaldiger Uebertragung des Eigentums hat.[1]) Diese Momente lassen nicht nur auf eine bestehende Einigung über die Eigentumsübertragung schließen, sondern lassen auch keine Zweifel über den tatsächlichen Abschluß eines Verwahrungsvertrages, der den Eigentumsübergang endgültig bewirkt, offen.

Bei Gattungskäufen ist allerdings Voraussetzung der Uebereignung, daß die für den Käufer bestimmte Sache beim Verkäufer ausgeschieden wird und dieser sie für jenen in Verwahrung nimmt.[2])

Der hier vertretenen Ansicht ist auch Kohler[3]): „Ein das constitutum possessorium ermöglichender Verwahrungsvertrag liegt stets dann vor, wenn die Absicht der Parteien dahin geht, daß das Interesse der Sache von nun an völlig auf Seiten des Käufers oder Erwerbers liegen und die Betätigung des hisherigen Eigentümers nicht mehr eine egoistische, sondern lediglich altruistische, lediglich eine Tätigkeit im Interesse des Käufers sein soll". Daß vom Eingang der Zahlung an der Verkäufer die Kaufsache nur noch im Interesse des Käufers weiter innehat, ist nicht zu bezweifeln. Man kann daher wohl sagen, der Käufer erwirbt regelmäßig mittels Besitzconstitut Eigentum, wenn der Preis bezahlt ist, die Kaufsache aber einstweilen noch beim Verkäufer verbleibt.

Dieses Ergebnis entspricht durchaus dem Willen der Vertragsparteien. „In den beteiligten Kreisen hat sich die Rechtsüberzeugung herausgebildet, daß bei Vorabbezahlung von Waren, die zur Versendung gelangen, das Eigentum an diesen Waren mit der Bezahlung auf den Käufer übergeht. Diese Rechtsüberzeugung beeinflußt den Parteiwillen derart, daß der Verkäufer die Ware mit der Bezahlung durch den Käufer nur für diesen besitzen, der Käufer mit der Bezahlung das Eigentum an der Ware erwerben will".[4])

Bei Kreditkäufen hingegen ist seltener eine Uebereignung durch constitutum possessorium anzunehmen. Mag auch ein Besitzmittlungsverhältnis begründet sein, so wird es doch meist an der zur Eigentumsübertragung erforderlichen Einigung fehlen. Denn der Verkäufer wird sich in diesem Falle nicht so leicht seines Eigentums entäußern, es sei denn, daß die Kaufpreisforderung sichergestellt ist.[5])

---

[1]) Staub-Könige, HGB 4. Bd., Anm. 59a im Anhang zu § 382.
[2]) RG 102, 41; RG 97, 252.
[3]) Kohler, in Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 73.
[4]) Neumann, Jahrb. d. Deutschen Rechts, 20. Jg. zu § 930 BGB, s. ferner Warn. Rechtspr. 1926, Nr. 185. Joerges, in J. W. 21, 329: „Tatsächlich ist beim Versendungskauf vorausbezahlter Ware regelmäßig anzunehmen, daß der Verkäufer die Ware, sobald sie ausgesondert und als Ware des Käufers kenntlich gemacht ist, sie für diesen zu besitzen und als Ware des Käufers auf die Reise bringen will. Der Käufer vereinbart in Erfüllung der mit dem Kaufvertrag verbundenen Verpflichtung zur Versendung und Uebereignung in sich selbst, daß er den mittelbaren Besitz auf den Käufer überträgt und gleichzeitig seiner Verpflichtung zur Eigentumsübertagung schon jetzt genügt."
[5]) Siehe hierzu die Entsch. d. OLG Hamburg in LZ 1917, 1297.